WÜRTTEMBERGISCHES ARCHIV FÜR RECHT UND RECHTSVERWALTUNG MIT...





Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Fünfzehnter Band.
Erste Abtheilung.

Stuttgart, 1872.
Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.
In Kommission bei H. Lindemann.







Inhaltsübersicht.

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

II. Fragmente.

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

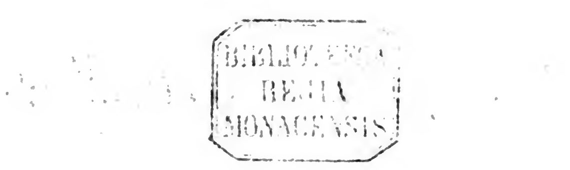
Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Fünfzehnter Band.

Stuttgart, 1873.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei H. Lindemann.



Inhaltsübersicht
des fünfzehnten Bandes.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Fragmente.

Seite

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Ueber Administrativ-Justiz nach württembergischem Rechte.

Zweiter Beitrag.

Kompetenz der Civilgerichte.

Von Dr. Sarwey.

Inhalts-Uebersicht: Der Grundsatz. §. 1. Die Anwendung, 1) Kollision der Privatrechte mit den öffentlichen Interessen; §. 2. 2) die öffentlichen Vermögensrechte. §. 3. Die Ausnahmen: 1) die scheinbaren; der Privatrechtstitel; §. 4. 2) die wirklichen; §. 5. Connexität, Präjudizialstreitigkeiten und Kompetenz-Konflikte (§. 6—8).

§. 1. Der Grundsatz.

Die Grenzbestimmung der Zuständigkeit der Civilgerichte und der Verwaltungsgerichte verliert an Bedeutung, wenn als die Aufgabe beider die Rechtsprechung erkannt ist und die Verwaltungsgerichte nach den hieraus folgenden Forderungen organisirt sind.[1] Ob über ein angeblich

[1] Darüber, in wie weit dieser Auffassung der Verwaltungsrechtspflege die bestehenden Einrichtungen in Württemberg entsprechen, hat sich der Verfasser in seinem ersten Beitrage zur Administrativjustiz ausgesprochen. Dieses Archiv, Bd. XIV., Abth. 2, S. 186 u. f.

verletztes Recht der Civilrichter oder der Administrativrichter zu entscheiden hat, ist, wofern auch der letztere als unbetheiligter und unabhängiger Richter urtheilt, jedenfalls unter dem Gesichtspunkte des Rechtsprinzips betrachtet gleichgiltig. Der Werth, welcher auf diese Grenzbestimmung bisher gelegt wurde, findet seine Erklärung in der Theorie, nach welcher die Verwaltungsjustiz nicht wirkliche Rechtsprechung, sondern eine zwischen Richten und Verwalten stehende Einrichtung mit der ausgesprochenen Aufgabe sein soll, im öffentlichen Interesse die freie Bewegung der Staatsgewalt gegenüber den Individualrechten zu wahren. Von diesem Standpunkte aus mußte die Verneinung der richterlichen Kompetenz gleichbedeutend mit der Verneinung eines geschützten Rechtes der Einzelnen genommen werden. Eben deßhalb konnte es nicht fehlen, daß der Liberalismus, welcher seine berechtigte Aufgabe in der Patronisirung der Individualrechte gegenüber einer von früher her zum Uebergreifen geneigten Staatsgewalt fand, mit Vorliebe für die Wahrung und Erweiterung der richterlichen Kompetenz in die Schranken trat. Dieß hatte die erwünschte Folge, daß die Grenze durch die Urtheile der Gerichte und die Entscheidungen von Kompetenz-Konflikten ziemlich klar gestellt ist. Die Feststellung im Wege einer umfassenden Casuistik verlangt nun aber nicht nur für die Rechtsanwendung die Zurückführung auf einfache sie zusammenfassende Formeln, sondern es muß auch, soll sie gegenüber der wissenschaftlichen Kritik bestehen und legislative Früchte tragen, möglich sein, den allgemeinen Grundsatz, auf welchem die einzelnen Entscheidungen beruhen, zu finden.

Die Arbeiten, welche sich diese Aufgabe stellen, sind zahlreich.[2] Allein, daß die Aufgabe gelöst sei, läßt sich

---

[2] Vergl. über die Literatur dieses Archiv a. a. O. Note 1, S. 185 und 186. Beizufügen sind Dr. Bähr, der Rechtsstaat (Cassel 1864), die Parteien im Verwaltungsstreit von Geheimerath Schmidt in dem badischen Centralblatt für Staats- und Gemeinde-

nicht behaupten, so eingehend und verdienstvoll namentlich auch die neueren Arbeiten von Pöhlmann (1852) und Brater (1853) über diesen Gegenstand sind.

Unzweifelhaft ist jede Untersuchung über die Grenze der civilrichterlichen Kompetenz unmittelbar an den Grundsatz anzuknüpfen, über welchen man schließlich mit wenigen Ausnahmen allgemein einig geworden ist. Man kann es als feststehende Ansicht der Wissenschaft und Praxis bezeichnen, daß den Gegenstand der Rechtsprechung der Civilgerichte die Streitigkeiten über die Privatrechte bilden und der Verwaltungsrechtspflege die Streitigkeiten aus dem öffentlichen Rechte anheimfallen.

Hiemit ist eine Grundlage für die Untersuchung gewonnen. Allein wie wenig die Aufgabe hiemit gelöst ist, zeigen die Einschränkungen und Erläuterungen, welche überall dem Grundsatze beigefügt werden.

Für Preußen sagt v. Rönne[3] „die Gerichte sind nur für solche Streitigkeiten kompetent, deren Gegenstand ein Privatrecht ist. Daher findet der Rechtsweg vor den Gerichten nicht statt in den Streitigkeiten, wobei der Staat als solcher, nicht als Erwerbsgesellschaft oder Fiskus betheiligt ist."

Interessen (1868 Nr. 2.) Von demselben Verfasser in der Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 1870 Nr. 11, 17, 1871 Nr. 10 und 11. Buß in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, XII, S. 1—92. Bähr faßt die Bedeutung der Frage als eine eminent politische in dem Sinne, daß der übergreifenden Staatsgewalt im Interesse des Rechtsbegriffes, der Wahrung des objektiven Rechtes Schranken gezogen werden. Der Verfasser theilt diesen Standpunkt grundsätzlich, aber er findet ihn für die Aufgabe der Untersuchung über die civilrichterliche Kompetenz unfruchtbar. Für diese gibt es nur Einen Ausgangspunkt, die individuelle Rechtssphäre und den Schutz derselben.

[3] Preußisches Staatsrecht, I, S. 240. Was ist der Staat als solcher? Ist er dieß nicht auch als Erwerbsgesellschaft? vgl. Bähr a. a. O., S. 55.

Für Bayern hat Seuffert[4] zuerst in ähnlicher Weise durch seine Definition der Civilprozeßsache die Grenze gezogen. Eine Civilprozeßsache ist nach ihm vorhanden, „wenn die Hilfe des Staates zur Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses wider einen bestimmten im entgegengesetzten Interesse betheiligten Gegner auf den Grund einer bestehenden Rechtsordnung angerufen wird." Daß das hiernach entscheidende Kriterium, das Vorhandensein eines Privatrechtsverhältnisses in Bayern in der Rechtsprechung allgemein zur Anerkennung gelangt ist, hat Brater[5] nachgewiesen.

Das badische Gesetz vom 5. Okt. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung weist den von ihm konstituirten Verwaltungsgerichten die Streitigkeiten des öffentlichen Rechts ohne Unterscheidung, ob Einzelne, Körperschaften oder der Staat dabei betheiligt sind, zu und es ergibt sich hieraus von selbst, daß der Zuständigkeit der Gerichte außer den Strafsachen und den nicht

[4] Kommentar zur bayer. Gerichtsordnung, I, S. 117. Da es sich hier nur um den Beweis handelt, daß die Abgrenzung der Rechtsprechung der Civilgerichte nach dem Rechtsstoff, die Beschränkung desselben auf die Privatrechtsverhältnisse die allgemein recipirte Ansicht ist, so enthalte ich mich an diesem Orte einer Kritik der Ansichten, soweit sie außerhalb dieses Zweckes liegen. So erregt z. B. in der Seuffert'schen Definition der Civil-Prozeßsache das Merkmal des bestimmten Gegners Bedenken, da das neue Recht auch Klagen gegen unbestimmte Gegner (z. B. die Amortisationsklagen) kennt, welche unzweifelhaft Civilsachen sind. Ebenso hat sich der Verfasser schon früher (dieses Archiv a. a. O., S. 187 u. f. insbes. S. 208) im Gegensatz zu v. Rönne, welcher vom Standpunkte der preußischen Staatseinrichtungen aus mit vollem Rechte jede Rechtsprechung auch von Administrativgerichten in Sachen verneint, welche nicht Privatrechtssachen sind, über die Möglichkeit, auch in Gegenständen des öffentlichen Rechts eine Rechtsprechung durch Gerichte zuzulassen und die Nothwendigkeit, sie in's Leben zu rufen, ausgesprochen. Die folgende Ausführung wird hiefür den vollen Beweis führen.

[5] A. a. O., S. 5.

streitigen bürgerlichen Rechtssachen die „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten," wie Weizel[6] sagt, anheimfallen.

Der auch für Württemberg anerkannte Grundsatz, daß sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Rechtsgebiete bestimmt, dem der Streit angehört, findet von v. Schäfer[7] seine nähere Bestimmung dahin: „Es muß in einer Civilprozeßsache auf Seite jeder Partei ein privatrechtlicher Standpunkt eingenommen sein. Streitigkeiten über solche Rechte und Verbindlichkeiten der Privaten, welche staatsrechtlicher Natur sind, gehören nicht vor die Civilgerichte." Ebenso sagt v. Wächter[8] mit Berufung auf §. 95 der Verfassungsurkunde: „daß die Entscheidung über bestrittene oder verletzte Privatrechte im Zweifel vor die Gerichtsbehörden gehöre." Namentlich, fährt v. Wächter a. a. O. fort, liegt es sehr im Interesse der Staatsbürger und des ihnen zu garantirenden unpartheiischen Rechtsschutzes, daß die Entscheidung über privatrechtliche Verhältnisse, welche zwischen den Staatsbürgern und dem Staat bestehen, und über angeblich widerrechtliche Eingriffe der verwaltenden Staatsgewalt in eigentliche Privatrechte, d. h. in solche Rechte, welche aus dem Privatrecht im objektiven Sinne entspringen, jedenfalls zur Kompetenz der Gerichte gehöre und daß in solchen Fällen dem Staatsbürger der Weg zum Richter nicht abgeschnitten werden könne."

---

[6] Das badische Gesetz vom 5. Okt. 1863, S. 104.

[7] Das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen vor den württembergischen Gerichten (1858), S. 70.

[8] Württembergisches Privatrecht, I, S. 7—9. Der §. 95 der Verf.-Urkunde von 1819 lautet: „Keinem Württemberger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrecht verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden." Auf diesen Artikel, durch welchen in Württemberg die Frage nicht gerade vereinfacht worden ist, wird der Verfasser unten zurückkommen.

Eine Entscheidung des Obertribunals vom 3. Mai 1861 [9] sagt: „nicht die Qualität des Streitgegenstandes an sich, sondern die Natur des im Streit liegenden Verhältnisses, also die Qualität des von dem Kläger seinem Anspruche unterstellten Rechtsgrundes, ob solcher dem Privatrecht oder öffentlichen Rechte angehört, ist entscheidend."

Wie sich aus dieser Zusammenstellung ergibt, so liegt die Schwierigkeit der Aufgabe nach Annahme des bezeichneten Grundsatzes in der Feststellung der Grenze des Privatrechtes, mag man dieses Wort im Sinne des objektiven oder subjektiven Rechtes nehmen, zumal, wenn man mit v. Wächter [10] zu dem Ergebniß gelangt, daß man das Privatrecht nur „negativ definiren" kann, als „den gesammten Rechtsstoff, soweit derselbe nicht zum Staatsrecht im weiteren Sinne gehört, als den Inbegriff der Rechtsgrundsätze über diejenigen Verhältnisse der Personen, seien sie der Staat oder eine andere Gemeinheit oder der Regent oder Staatsbürger oder Auswärtige &c., welche nicht öffentliche oder staatsrechtliche sind." Privatrecht und öffentliches Recht berühren sich so häufig, sie wirken so vielfach auf einander, daß die Unterscheidung, ob ein „Streit dem Gebiete des öffentlichen oder Privatrechtes angehöre," nur die Richtung bezeichnet, in welcher die Grenzbestimmung zu suchen ist. Es gibt einen großen Kreis von Rechtsverhältnissen, bei welchen sofort klar und außer Zweifel ist, daß sie dem einen oder anderen Rechtsgebiete ausschließlich angehören. Allein ebenso zahlreich sind die Fälle, in welchen es den Anschein hat, daß sich die Streitigkeiten auf beiden Gebieten, dem Gebiete des Privat- und des öffentlichen Rechtes bewegen und eben diese Fälle sind es, in welchen die Zweifel über die Zuständigkeitsgrenze, die Kompetenz-Konflikte sich erheben

---

[9] Dieses Archiv VI, S. 253.

[10] A. a. O., S. 5.

und für deren Entscheidung daher mit dem an die Spitze gestellten Grundsatz Nichts gewonnen ist. Hierauf beruht es, wenn Brater mit Seuffert zum Begriff einer Civilprozeßsache (bürgerliche Rechtsstreitigkeit) verlangt, nicht, daß ihr Gegenstand ein Privatrecht, sondern ein Privatrechtsverhältniß sei, oder wie dieß v. Schäfer ausdrückt, daß beide Parteien einen privatrechtlichen Standpunkt einnehmen. Allein die Frage ist immer wieder, was sind „Privatrechtsverhältnisse," „wechselseitige Beziehungen privatrechtlicher Natur?" Und hierauf erhält man in der Regel keine oder eine unsichere Antwort. Auch die Ausführung Brater's in diesem Punkte ist nicht befriedigend. Er sagt S. 17: „Unter Privatrechtsverhältnissen werden die in dem Privatleben der Einzelnen vorkommenden, durch eine Rechtsregel bestimmten, wechselseitigen Beziehungen verstanden." S. 37: „Kann der Fall überhaupt vorkommen, daß ein Privatrechtsverhältniß nach Normen des öffentlichen Rechtes zu beurtheilen ist? In dieser Fassung gestellt muß die Frage verneint werden. Gegenstand der Privatrechtsregeln ist die Gesammtheit der Privatrechtsverhältnisse." eod. Note 75. „Im administrativkontentiösen Bereich hat es die Verwaltung regelmäßig mit Privatrechtsnormen zu thun." S. 35: „die richterliche Zuständigkeit besteht, so oft es ein Privatrechtsverhältniß ist, das auf Grund der einen oder anderen Rechtsnorm entschieden werden soll."

Es wird schwer sein, diese Aeußerungen unter sich in Uebereinstimmung zu bringen. Für die Administrativjustiz ist hiernach kein Raum; die Grenze der Rechtsprechung der Gerichte und der Administrativ-Justizbehörden wird geradezu aufgehoben und der ganze Zweck dieser Untersuchung, welche eben diese Grenze feststellen sollte, in Frage gestellt. Wenn dem Eigenthümer eines Grundstückes die Errichtung einer Fabrik auf demselben wegen der hiemit für die Nachbarschaft verbundenen Gefahren und die daraus folgende

Entwerthung ihres Besitzes untersagt wird, so handelt es sich hiebei um „wechselseitige Beziehungen, die in dem Privatleben der Einzelnen vorkommen, und durch eine Rechtsnorm bestimmt werden," d. h. um Privatrechtsverhältnisse. Dennoch unterliegt es auch nach Brater keinem Anstand, daß ein hieraus entstehender Streit nicht vor die Civilgerichte gehört. Wenn es andererseits nach Brater auch die „Verwaltung im administrativkontentiösen Bereich" d. h. die Verwaltungsjustiz mit Privatrechtsnormen zu thun hat, so ist ihre innere Berechtigung hiemit verneint. Von diesen Grundlagen aus ist überhaupt eine grundsätzliche Feststellung der Grenze von Administrativ- und Civiljustiz nicht mehr möglich; es wird die gewonnene Grundlage selbst wieder aufgegeben und die Rechtsprechung von Administrativ-Justizbehörden läßt sich nur als eine zufällige Einrichtung einzelner Staaten, als eine durch das positive Recht gemachte Ausnahme von der Regel darstellen, wie die Ausführung von Brater zeigt, welche nicht durch Ableitung aus dem Grundsatze, sondern unter steter Berufung auf das positive Recht, der Civilrechtsprechung ihre Grenzen absteckt. Ganz bezeichnend ist die Definition der „administrativkontentiösen Sachen" als „Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse, insoweit dieselben der richterlichen Kompetenz entzogen sind." Pöhlmann seinerseits hat vollkommen Recht, wenn er gegen diese von Brater acceptirte Definition des Seuffert'schen Kommentars einwendet, daß hienach wegen jeder Beeinträchtigung individueller Rechte der Schutz der Gerichte angerufen werden kann, sofern man sich hiebei nicht auf den Standpunkt des bestehenden Rechtes, sondern der legislativen Konsequenz stellt.

Jede Untersuchung muß an dieser inneren Unklarheit und Unsicherheit leiden, welche die Civilrechtsprechung und die Verwaltung in direkten Gegensatz stellt, wie gewöhnlich auch von Pöhlmann und Brater ge-

schieht.[11] Der Gegensatz, von welchem auszugehen ist, um zum Verständniß der Administrativjustiz zu gelangen, ist der Gegensatz von Rechtsprechung und Verwaltung und diesen Gegensatz bestimmt nicht die Rechtsnorm, welche angewendet wird, nicht die Behörde, welche sie anwendet, nicht das Verfahren, durch welches eine Behörde thätig wird, nicht die Natur der Frage, welche den Gegenstand der Verfügung der Behörde bildet, sondern einzig und allein der unmittelbare Zweck dieser Thätigkeit, die Absicht derselben, d. h. sofern diese Absicht dem positiven Rechte gemäß ist, der Erfolg.

Die Rechtsprechung hat zum Zweck die Entscheidung über subjektive Rechte (über Individualrechte), über Rechte der Einzelnen, seien diese physische oder fingirte Personen, und zwar die Entscheidung im Falle eines Streites hierüber durch eine öffentliche Behörde auf Grund des bestehenden objektiven Rechtes vermöge der Aufgabe des Rechtsstaates.[12] Jede Thätigkeit einer Be-

---

[11] Ebenso gelangt Bähr (a. a. O. S. 63), weil er das Wesen der Rechtsprechung in der Beziehung auf das objektive Recht und nicht in der Absicht der Thätigkeit sucht, zu keiner sicheren Grundlage für seine ganz begründete Forderung, daß „Gerichte des öffentlichen Rechts" geschaffen werden. (Vergl. §. 22 und 23) Wenn z. B. Bähr sagt: „Wir begehren eine Feststellung des Rechtes der Regierungsgewalt nur als Mittel der Abwehr von Seiten dessen, der sich verletzt erachtet," so verläßt doch seine Ausführung sofort diesen Boden wieder, indem sie „diesem Richterspruch" nicht die formale Natur eines solchen vindicirt (S. 67) und nicht vindiciren kann, weil sie über die begriffliche Grenze aller Rechtsprechung hinausgeht. Damit hört sie wenigstens auf, für die Rechtsanwendung fruchtbar zu sein.

[12] Für Diejenigen, welche mit der Administrativjustiz in Württemberg vertraut sind, genügt es, zur Begründung des im Texte Gesagten darauf hinzuweisen, wie namentlich seit dem Gesetze vom 13. Nov. 1855 sehr häufig bei der Verfügung einer Behörde vor einer Entscheidung durch die höchste Administrativjustizinstanz (den Geheimerath) zu ermitteln ist, ob die Absicht die Entscheidung über ein angeblich bestrittenes Individualrecht gewesen ist oder

hörde, welche diesen Zweck nicht hat, ist Administration, Verwaltung, im Gegensatz zu Rechtsprechung.[13] Es ist hiemit nicht ausgeschlossen, daß auch die Verwaltung nach Rechtsnormen handelt und subjektive Rechte zu ihrem Gegenstande hat; allein ihr Zweck ist nicht die Entscheidung über ein bestrittenes oder verletztes Individualrecht. Die Verwaltung kann subjektive Rechte verleihen, die Rechtsprechung nicht. Die Verwaltung kann subjektive Rechte verletzen, die Rechtsprechung nicht, weil das rechtskräftige Urtheil einer Behörde, welches den Schutz des Rechtes ablehnt, das Recht selbst verneint. Die Rechtsprechung setzt die Behauptung eines bestehenden subjektiven Rechtes voraus, die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden kann zur Erwerbung eines solchen angerufen werden.[14]

---

nicht; (vgl. dieses Archiv, Bd. XIV, S 232, 233, 237, 240 und die bei Seuffert, Archiv V, 61, mitgetheilte Entscheidung.) Ein Beispiel, wohin die Gegenüberstellung von Verwaltungs- und Justizsachen als Grundlage der Kompetenzbestimmung der Civilgerichte führt, findet sich in der bei Seuffert, Archiv V, 309, mitgetheilten Entscheidung des O.A.G. zu Jena vom 17. Aug. 1837. Dort wurde die Entscheidung über einen Nachbarschaftsweg, also einen öffentlichen Weg, zur civilrichterlichen Kompetenz geeignet gefunden, „da es an zwei streitenden Theilen nicht fehle, deren Rechtsverhältnisse durch das Gericht nach Inhalt der bestehenden Gesetze regulirt werden sollen." Wenn dieses Merkmal die Zuständigkeitsgrenze bestimmen würde, so müßte der Civilrichter in allen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten zuständig sein. (Vergl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 224 u. f.)

[13] Da jede Rechtsprechung nach einer hergebrachten staatsrechtlichen Formel aus „der Justizhoheit" des Staates fließt, so gehört auch die Administrativjustiz zur Lehre von der richterlichen Gewalt. Umgekehrt ist die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit keine „Justizsache," sondern Verwaltungssache, obwohl sie in einzelnen Staaten ausschließlich den Gerichtsbehörden zugewiesen ist. Dieß ist schon von Mohl, Württ. Staatsrecht II, S. 226, anerkannt, indem er die freiwillige Gerichtsbarkeit als einen Theil der polizeilichen Aufgabe bezeichnet. Ebenso v. Rönne, preuß. Staatsrecht I, S. 221, Note 1

[14] Hierin und nur hierin liegt der Grund, daß in Fällen, in welchen die Zuständigkeit des Civilrichters an sich nicht bestritten

Wenn man die Unterscheidung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung sehr häufig dahin bestimmt findet, daß es die erstere nur mit den Interessen der Gesammtheit oder Einzelner, die letztere mit dem Rechte zu thun hat, so liegt hierin ein richtiger Gedanke. Nur ist derselbe insofern verdeckt, als die Verwaltung nicht im Gegensatze zu dem Rechte steht, sondern in erster Linie gleichfalls an das Recht im objektiven und subjektiven Sinne gebunden ist. Auch die subjektiven Rechte sind nichts Anderes als wie Ihering[15] treffend sagt, Interessen mit der besonderen Eigenthümlichkeit, daß „sie rechtlich geschützt sind.“ Man täuscht sich auf der anderen Seite, wenn man glaubt, deßhalb, weil auch die Verwaltung, im Gegensatze zur Rechtsprechung gedacht, an das Gesetz gebunden ist und Rechtsnormen zu beobachten hat, könne ohne Rechtsprechung ein Recht des Einzelnen zur Geltung gelangen. Insoweit als die Beurtheilung der behaupteten Verletzung eines subjektiven Rechtes der Rechtsprechung entzogen und der Verwaltung überlassen ist, gelangt das subjektive Recht nicht als solches, sondern nur das Gesetz oder das Recht im objektiven Sinne zur Anerkennung. Der Erfolg kann und wird, zumal bei einer gewissenhaften Verwaltung sehr häufig für den Einzelnen derselbe sein. Allein entweder muß man anerkennen, daß auch die „Verwaltung“ in einzelnen Fällen, in welchen sie ein subjektives Recht anerkennt, als Richter handelt und in diesem Falle läßt sich

---

werden könnte, dieselbe ausgeschlossen ist, wenn zur Erwerbung des Rechtes eine vorgängige Verleihung durch irgend ein Verwaltungsorgan, z. B. die Curatoren eines Familien-Stipendiums erforderlich ist. Es fragt sich übrigens stets im einzelnen Fall und zwar ist dieß eine Thatfrage, ob nach den Stiftungsnormen das Recht auf Verleihung eine Thätigkeit der Curatoren voraussetzt oder durch andere Thatsachen unabhängig von dem Willen derselben entsteht.

[15] Geist des römischen Rechtes, Bd. III, S. 328. Wo kein Rechtsschutz, ist kein subjektives Recht, wo ein subjektives Recht besteht, muß es rechtlichen Schutz haben.

gegen die Uebertragung dieser Befugniß an Gerichte Nichts einwenden, oder muß man zugeben, daß die Verwaltung kein Recht der Einzelnen, sondern nur ihre Pflicht, nach den bestehenden Gesetzen zu verwalten, anerkennt. Alsdann bestehen zwar die Verwaltungsgrundsätze, aber das Recht der Einzelnen kommt hiebei nicht in Betracht und ist niemals für deren Anwendung bestimmend. Ueber die Nothwendigkeit der Expropriation entscheidet beispielsweise in allen konstitutionellen Staaten die Verwaltung. Sie hat hiebei auf den Einzelnen, dessen Eigenthum in Anspruch genommen wird, keine Rücksicht zu nehmen. Nur das öffentliche Wohl ist für die Nothwendigkeit der Abtretung maßgebend. Das Eigenthum hört auf, der Förderung der allgemeinen Zwecke gegenüber ein Recht zu sein und an seine Stelle tritt das Recht auf volle Entschädigung, über welche der Richter, und zwar der Civilrichter, zu entscheiden hat. Gleichwohl ist die Verwaltung bei dem Verlangen der Abtretung an gewisse Verwaltungsvorschriften gebunden, welche aber nicht den Schutz des Eigenthums des Einzelnen, sondern die gesetzmäßige Ausübung der Staatsgewalt und die Sicherstellung der Entschädigungs-Ansprüche zum Zwecke haben. Ihre mittelbare Folge, aber nicht ihr unmittelbarer Zweck ist der Schutz der Individualrechte gegen willkührliche Eingriffe.

Mit Recht weist ferner die Bezeichnung administrativ-kontentiöser Sachen als Streitigkeiten über Privatrechts-Verhältnisse, insoweit dieselben der richterlichen Kompetenz entzogen sind, darauf hin, daß Rechtsprechung ohne die Behauptung eines subjektiven Rechtes nicht denkbar ist. Allein, indem dieser Ausdruck den Kreis der Rechtsprechung auf Privatrechtsverhältnisse beschränkt, wird dieser überhaupt zu eng gezogen und hieraus erklärt es sich, daß die Verwaltungs-Rechtspflege, von dem Brater'schen Satze ausgegangen, überhaupt nicht zu einer begrifflichen Grundlegung gelangt, obwohl ihre Berechtigung anerkannt wird. Es ist eine unrichtige Annahme, daß alle Streitig-

keiten über subjektive Rechte Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse seien, da es unzweifelhaft subjektive Rechte gibt, welche nicht als Privatrechtsverhältnisse bezeichnet werden können, wie z. B. Staats-, Gemeindebürgerrechte, Wahlrechte, über welche aber gleichwohl eine Rechtsprechung, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes jedenfalls denkbar ist. [16]

Jede Grenzabscheidung der Civil- und Verwaltungs-Rechtspflege hat hiernach von dem Begriffe der Rechtsprechung im Gegensatz zur Verwaltung auszugehen, d. h. zu ihrer Voraussetzung, daß beiden gemeinsam die Aufgabe ist, über subjektive Rechte (Individualrechte) zu entscheiden, worauf der Verfasser in seinem ersten Artikel [17] hingewiesen hat. Um von einer Rechtsprechung zu sprechen, muß stets ein Eingriff in die Rechtssphäre der Persönlichkeit in Frage stehen, die Persönlichkeit als die Zusammenfassung aller einem Einzelnen oder einer Mehrheit von Personen oder einem personifizirten Vermögen (Zweckvermögen) [18] zustehenden Befugnisse gedacht. Aus der Natur dieser subjektiven Rechte selbst muß sich die Grenze bestimmen lassen. Nur auf diesem Wege wird auch, was zu zeigen einer weiteren Unter-

---

[16] Wenn Bähr a. a. O. sagt: „Es ist unwahr, daß das öffentliche Recht nicht ebenso gut geeignet sei, Gegenstand eines Richterspruches zu werden, als das Privatrecht," so scheint er allerdings hier nur an subjektive Rechte zu denken. Denn auch das Privatrecht ist nur in der Form des subjektiven Rechtes Gegenstand des Richterspruches; aber dieß wird durch die weiteren Ausführungen (§. 34) wieder zweifelhaft.

[17] A. a. O., S. 199—103.

[18] Wenn im weiteren Verlaufe dieser Untersuchung von den Einzelnen im Gegensatz zu dem Staat und den öffentlichen Korporationen gesprochen wird, so ist darunter stets nicht nur der einzelne Mensch, sondern auch die juristische Person, also auch der Staat als Fiskus, die Gemeinde, der Kreis, die Kirche, als Subjekt von Vermögensrechten, welche auch dem Einzelnen zustehen, verstanden.

suchung vorzubehalten ist, das Prinzip für die Abgrenzung der Aufgabe der Verwaltungsgerichte und der Verwaltung gewonnen. Die Frage über die Kompetenzgrenze der Gerichte gegenüber der Verwaltung verwandelt sich auf diesem Punkte in die Frage von den öffentlichen Rechten. Diese Zuständigkeitsgrenze geht so weit, als das subjektive Recht geht und für dieses hat die materielle Gesetzgebung, das Verfassungsrecht des Staates mit seinen Ausführungsgesetzen die Grenze festzustellen. Alle Kompetenzabscheidung zwischen Civilgerichten und Verwaltungsgerichten hat daher von dem Inhalte, von der inneren Natur des subjektiven Rechtes ihren Ausgangspunkt zu nehmen.

Ganz abgesehen nun zunächst von der Scheidung des Rechtsstoffes in Privatrecht und öffentliches Recht läßt sich die Rechtssphäre der Persönlichkeit in zwei Klassen oder Arten von Rechten zusammenfassen. Sie sind

I. Vermögensrechte, Rechte, welche einen Geldwerth unmittelbar in sich selbst haben und, als Einheit gedacht, das Vermögen der Persönlichkeit bilden.[19]

II. Rechte, welche einen Geldwerth unmittelbar in sich selbst nicht haben, wobei es gleichgiltig ist, ob sie in ihrer mittelbaren Wirkung Einfluß auf das Vermögen üben oder nicht.

Zu der ersten Klasse gehört nicht nur der Besitz im rechtlichen Sinne, oder das Kapital im engeren Sinne, (Eigenthum, Dienstbarkeit, Forderung) sondern auch die Arbeitskraft, die Erwerbsfähigkeit und der Kredit. (Vermögen im volkswirthschaftlichen Sinne.)[20] Jede Thatsache, welche das Kapital ändert, vermehrt oder vermin-

---

[19] Diese Unterscheidung bietet ein sicheres, objektiv feststehendes Merkmal für die Rechtsanwendung. Dadurch, daß ein Streitgegenstand keine bestimmte Schätzung zuläßt, hört derselbe nicht auf, einen Geldwerth zu haben.

[20] Stein, Staatswissenschaft, Bd. I, S. 279 und 280.

dert, oder die Erwerbsfähigkeit oder den Kredit erweitert, beschränkt oder aufhebt, berührt die Rechtssphäre der Persönlichkeit und kann die Verletzung ihrer Rechte sein, gegen welche die richterliche Thätigkeit der hiezu vom Staat geordneten Organe Schutz zu gewähren berufen ist. Gegenstand dieses Schutzes ist jedoch nur das subjektive Recht des Einzelnen, mag dieser eine physische Person oder eine fingirte Person sein. Ob dieses Individualrecht in den Privatrechtsnormen oder in den Normen des öffentlichen Rechtes seinen Grund findet, ändert daran Nichts, daß es ein Vermögensinteresse zu seinem Inhalt hat.

Alle Rechte, welche einen Geldwerth in sich selbst haben, sind geschützte Privatinteressen, weil sie das Vermögen des Einzelnen bilden; jeder Eingriff in solche ist ein Eingriff in die Privatrechtssphäre der Persönlichkeit. Wenn von einem Staatsbürger eine öffentliche Abgabe gefordert oder beigetrieben, wenn die beanspruchte Benützung eines öffentlichen Wassers bestritten, wenn die Theilnahme an bürgerlichen Nutzungen entzogen wird, wenn dem Staate oder einer vom Staate anerkannten Korporation eine Steuer, wenn dem Einzelnen der Genuß einer Stiftung im Widerspruche mit dem Willen des Stifters verweigert wird, wenn von einem Staatsbürger persönliche Leistungen, der Kriegsdienst, Staatsfrohnen, Quartierleistungen verlangt werden, so liegt in allen diesen Fällen eine Wirkung auf die Privatrechtssphäre der Betheiligten vor und der Rechtsschutz, welcher und soweit er den Einzelnen gegen einen rechtlich unzulässigen Eingriff in diese Rechtssphäre gewährt wird, ist daher in Wahrheit der Schutz eines Privatinteresses. Das Wesen jedes Vermögensrechtes, mag es auf einem Grunde des Privatrechtes oder des öffentlichen Rechtes beruhen, ist seine privatrechtliche Bedeutung für das Vermögen der Person.[21] Das

[21] Dieß erkennt im Grunde auch v. Geßler, Tüb. Zeitschrift XVIII, S. 738, an. Denn seine Restriktion, „daß auch das reinste

Vermögensrecht hört dadurch, daß es einem durch die Verwaltung zu handhabenden höheren Rechte des Staates, der Gemeinde oder der Gesellschaft weichen muß oder die Verwirklichung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ist und dieses zu seiner Voraussetzung hat,[22] nicht auf, rechtlich geschütztes Privatinteresse zu sein. Insofern ist jede Rechtsprechung, welche das Vermögen in volkswirthschaftlichem Sinne berührt, Rechtsprechung über Privat r e c h t e im ersten Falle, über Privat i n t e r e s s e n im zweiten Falle.

Es gibt nun aber unzweifelhaft subjektive, d. h. in dem Begriffe der Persönlichkeit liegende, einen Theil der Persönlichkeit bildende Rechte, welche keinen Geldwerth in sich selbst haben. Dieselben werden mit folgender Aufzählung erschöpft sein:[23]

Privatrechtsverhältniß, die blos vermögensrechtliche Sphäre des Einzelnen eine Beziehung zur Staatsgewalt, durch die Belastung mit Beiträgen zur Erfüllung des Staatszweckes, äußere, fügt nur dem Vermögensrecht eine Bestimmung bei, ohne seine Natur aufzuheben.

[22] Das Recht selbst ist in diesen Fällen ein öffentliches Recht, aber seine Verletzung ist ein Eingriff in die Privatrechtssphäre, sofern seine Realisirung einen Vermögensvortheil gewährt und das Interesse hierauf gerichtet ist. Dieß ist seine privatrechtliche Seite; sein materieller Inhalt ist ein privatrechtlicher; aber das Interesse ist rechtlich geschützt nur innerhalb der öffentlich-rechtlichen (Genossenschafts)-Beziehungen, was die Kompetenzgrenze bestimmt. Es wird deßhalb keinem Mißverständnisse ausgesetzt sein, wenn diese Rechte kurz als öffentliche Vermögensrechte bezeichnet werden. (Unten §. 3).

[23] Wenn der Vorstand einer Sozietät gewisse Mitglieder statutenwidrig von der Abstimmung ausschließt und diese sich ausschließen lassen, so fällt diese Handlung in den Kreis der Autonomie und ist an sich nicht Gegenstand der Rechtsprechung. Gegenstand der Rechtsprechung wird dieser Streit nur, wenn er eine vermögensrechtliche Seite gewinnt. Anderer Ansicht ist B ä h r a. a. O., S. 40. Das Stimmrecht an sich hat, hierin abweichend von dem öffentlichen Stimmrecht, in der privatrechtlichen Sozietät keinen Werth; es ist nur M i t t e l zum v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e n

1) Die Familienrechte, d. h. die aus der Ehe, der Zeugung und der Geburt und den an sie anschließenden Rechtsfiktionen hervorgehenden rechtlichen Beziehungen des Einzelnen zum Einzelnen, mit Ausschluß ihrer Wirkung auf das Vermögen.

2) Die Theilnahme an den zu Erfüllung der menschlichen Bestimmung bestehenden Einrichtungen der Gesammtheit, des Staates, der Gemeinde, der Bezirks- und Kreisverbände und anderer öffentlicher Korporationen, wie der vom Staate als solche anerkannten Kirchen (früher auch der Zünfte) wiederum mit Ausschluß der Theilnahme an solchen Einrichtungen, deren Mitbenützung einen unmittelbaren Geldwerth hat, in welchem Falle der Anspruch unter die erste Klasse, unter den Begriff der Forderung zu stellen ist. — Hieher gehören das Staats- und Gemeinde-Bürgerrecht, die gemeinde- und staatsbürgerlichen aktiven und passiven Wahlrechte, die ständischen Rechte der Standesherren und ritterschaftlichen Familien,[24] die Jedermann

---

Zweck und bedarf daher außerhalb dieses Zweckes keines Schutzes; das Vermögensrecht, nicht das Stimmrecht bildet den Inhalt des subjektiven Rechtes des Mitgliedes der Sozietät. Aus demselben Grunde werden hier die aus dem Vormundschaftsrechte entstehenden Streitigkeiten nicht besonders aufgeführt. Ein Einzelner kann ein subjektives Recht auf Führung einer Vormundschaft nicht in dem Sinne erwerben, daß ein Streit hierüber für sich der Rechtsprechung anheimfallen würde. Das neuerdings eingeführte kontradiktorische Entmündigungsverfahren ist eine Singularität, welche sich nur aus der vermögensrechtlichen Wirkung desselben erklärt und ein unmittelbares Vermögensinteresse, die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit zum Gegenstand hat.

[24] Die mit dem Adel verbundenen Rechte, die Eigenschaft des Adels wie seine Ausflüsse sind entweder Familienrechte oder öffentliche Rechte, von welchen abgesehen von dem nicht hieher gehörigen privilegirten Gerichtsstand in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die Standschaftsrechte noch bestehen. Soweit sie Familienrechte sind, sind sie Privatrechte und ist der Civilrichter zuständig. Nicht ganz klar ist, wie sich Brater a. a. O., S. 43, hierüber ausdrückt.

gestattete Benützung öffentlicher Sammlungen, der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen der Behörden u. s. f. Auch die Theilnahme an den Einrichtungen einer vom Staate als öffentliche Korporation anerkannten Kirche und an den öffentlichen Unterrichtsanstalten ist insofern hieher zu zählen, als es sich nur um die Befriedigung geistiger Interessen handelt, welche an sich keinen Geldwerth haben, obwohl sie ebenso wie die Familienrechte der Grund eines Vermögens-Erwerbs werden können.

3) Die Persönlichkeit erweitert sich im Staats- und Gemeindeleben durch das Amt, den öffentlichen Dienst insofern, als mit der Uebertragung desselben gewisse an sich in der Persönlichkeit nicht enthaltene subjektive Befugnisse und Pflichten übertragen werden, welche, ausgenommen wiederum die hiemit verbundenen in die erste Klasse fallenden Vermögens-Ansprüche, dieser zweiten Klasse angehören.

Die an sich gleichfalls hieher gehörigen Rechte der Person auf Integrität ihrer körperlichen Existenz, auf Freiheit und auf Ehre, sind hier nicht aufzunehmen, da sie, soweit nicht ihr Schutz dem Strafrichter anheimfällt, nur unter dem Gesichtspunkt der Vermögensrechte (ästimatorische Injurienklage, Schadenersatzklage) Gegenstand der Rechtsprechung sind.

Von den hiernach zu der zweiten Klasse zu zählenden Individualrechten sind nur die Familienrechte Gegenstand der Rechtsprechung der Civilgerichte.[25] Alle übrigen unter dieselbe gestellten Rechte oder Ausflüsse der Persönlichkeit

---

[25] Das Recht auf einen bestimmten Familiennamen ist nach Entscheidungen der O.A.G. in Darmstadt und München gleichfalls ein Familienrecht. Seuffert, Archiv VI, 6, XVIII, 3, 58. Die Entscheidung des O.A.G. in Jena, XVIII, 44, beruht auf der Bejahung der Frage, ob durch Vertrag ein vor den Civilrichter sich eignender Anspruch entstehe. (Vgl. §. 4.) Die Voraussetzung ist jedenfalls, daß das Recht auf Führung eines Familiennamens aus dem Familienrecht abgeleitet wird.

sind öffentliche Rechte. Daß auch sie Gegenstand der Rechtsprechung werden können, ist schon früher von dem Verfasser hervorgehoben.[26] Es bedarf keines Beweises, daß z. B. über Staats- und Gemeindebürgerrecht, über die streitige Stimmberechtigung und Wählbarkeit bei Gemeinde-, Bezirks- und Kreiswahlen 2c. nur durch einen richterlichen Spruch sollte entschieden werden können, da andernfalls der Zweck aller gesetzlichen Vorschriften über Erwerb und Verlust des Bürgerrechtes, ebenso der Wahlgesetze vereitelt würde, welcher in der Sicherstellung der Einzelnen gegen die Willkühr der Verwaltung zum großen Theile liegt.

Niemals aber und in keiner Gesetzgebung ist die Entscheidung über streitige Rechte dieser Art den Civilgerichten zugewiesen oder auch nur der Versuch gemacht worden, ihre Zuweisung an die Civilgerichte zu verlangen. Ebenso klar ist ferner, daß es sich bei denselben nicht um Privatrechte und nicht um Privatrechtsverhältnisse handelt und daß daher der Kreis der Administrativ-Rechtsprechung von Anfang an zu eng von Brater gezogen ist, wenn er ihn auf Privatrechtsverhältnisse, die den (Civil)- Gerichten entzogen seien, beschränken will. Die Streitigkeiten über diese öffentlichen Rechte bilden den ersten und unzweifelhaftesten Gegenstand der Rechtsprechung der Administrativgerichte, wobei die Frage, inwieweit das positive Recht des Staates auf diesem Gebiete subjektive Rechte, durch den Administrativrichter geschützte Interessen anerkennt, hier dahingestellt bleibt.

Nicht so einfach liegt die Sache bei Streitigkeiten über solche Rechte, welche der ersten Klasse angehören. Man kann daraus, daß in diesen Fällen, wie gezeigt, stets Privatinteressen (Vermögensrechte) in Frage stehen, nach dem allgemeinen Grundsatz die Folge ziehen, daß in allen

---

[26] Dieses Archiv, Bd. XIV, S. 198; vergl. auch Bähr a. a. O., S. 57.

diesen Fällen die Civilgerichte zur Entscheidung zu berufen seien.

Allein ganz abgesehen von dem positiven Rechte wird man, von der Auffassung der Administrativjustiz ausgegangen, welche die Grundlage dieser Untersuchung ist, zu einem anderen Ergebniß gelangen. Wenn einmal ihre Berechtigung in „Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes" anerkannt ist, so wird man zu untersuchen haben, ob Streitigkeiten über Vermögensrechte denkbar sind, auf welche diejenigen Erwägungen Anwendung finden, welche die Zuweisung der Rechtsprechung über Individualrechte an besondere Gerichte (die Administrativgerichte) rechtfertigen. Im Falle der Bejahung wird man diese Streitigkeiten aus denselben Zweckmäßigkeitsgründen wie die Streitigkeiten über die Individualrechte der zweiten Klasse an jene besonderen Gerichte verweisen.

Es bedarf kaum eines Nachweises und wird, sofern nicht die Berechtigung besonderer Administrativgerichte überhaupt bestritten wird, keinem Widerspruch begegnen, daß diese Frage in folgenden zwei Fällen zu bejahen ist:

1) Wenn ein Vermögensrecht, (Eigenthum im engeren Sinne), Arbeitskraft, Kredit durch die Rücksicht auf die öffentlichen Interessen an sich beschränkt ist oder im einzelnen Falle der Geltendmachung dieser Interessen weichen soll und *diese Beschränkung* den Gegenstand des Streites bildet;

2) wenn dasselbe nicht anders als unter der Voraussetzung eines öffentlichen Rechtes der zweiten Klasse gedacht werden kann und hiedurch bedingt ist; *wenn ein vermögensrechtlicher Anspruch die Verwirklichung der durch das öffentliche Recht geregelten (der genossenschaftlichen) Beziehungen ist, in welchen der Staat und die vom Staate anerkannten Korporationen* (Gemeinde-, Bezirks-, Kreis-, Kirchen- und Schul-Verbände) *zu den Einzelnen und zu einander stehen.*

Diesen zwei Arten von Streitfällen, welche insofern eine Ausnahme von der Regel bilden, als die meisten Streitigkeiten über Vermögensrechte nicht zu ihnen gehören und im Zweifel rein privatrechtlicher Natur sind, ist gemeinschaftlich, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche durch das öffentlich-rechtliche Verhältniß des Einzelnen zu dem Staate oder der öffentlichen Korporation entweder ganz oder doch in der den Streit veranlassenden Beziehung beherrscht werden und mithin nach anderen Grundsätzen als denjenigen des Privatrechtes zu beurtheilen sind, welche die rechtlichen Verhältnisse auf der Grundlage der allgemein gleichen Rechtssphäre der Persönlichkeit ordnen. Man kann sich mit Brater darin einverstanden erklären, daß ein Privatrechtsverhältniß niemals nach den Normen des öffentlichen Rechtes beurtheilt werden kann. Allein ebenso gewiß ist, daß in dem ersten der bezeichneten Fälle die allein entscheidende Frage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Eingriffes in ein Privatrecht (Vermögensrecht) nicht nach den Normen des Privatrechtes, sondern nach den Normen des öffentlichen Rechtes [27] zu

---

[27] Es ist ein unzweifelhaftes Verdienst der Schrift von Bähr (a. a. O., S. 17), darauf hingewiesen zu haben, daß die Beziehungen des Einzelnen zu dem Staat und den in den Staatsorganismus als wesentliche Glieder eingereihten anderen Vereinigungen (der öffentlichen Korporationen) sowie dieser unter sich in dem „Genossenschaftsverhältniß" liegen. Mit der Bezeichnung des öffentlichen Rechtes als „genossenschaftliche Rechtsnorm" ist eine höchst werthvolle Hinweisung auf das Wesen des öffentlichen Rechtes gewonnen. Nur ist nicht außer Acht zu lassen, daß dieser Ausdruck nach Einer Seite zwar richtiger, nach der anderen Seite aber weniger klar indicirt. Nicht jede ein Genossenschaftsverhältniß regelnde Norm ist eine öffentlich-rechtliche. Aber jede das Genossenschaftsverhältniß der Einzelnen im Staate oder einer öffentlichen Korporation oder dieser unter sich regelnde Norm und nur diese ist öffentliches Recht. Nicht die Rechtsquelle, sondern der Inhalt der Rechtsnorm bestimmt ihre Eigenschaft als öffentliche oder privatrechtliche Norm. Wenn dieser wesentliche Unterschied nicht beachtet wird, gelangt man zu schiefen Ergebnissen (vgl. unten §. 5 a. E).

beurtheilen ist. Ebenso ist im zweiten Falle, im Falle des Streites über ein auf einem Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes auf „einer genossenschaftlichen“ Norm beruhendes Vermögensrecht Gegenstand des Streites kein Privatrechtsverhältniß, vielmehr der Streit nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu entscheiden; aber auf Einer Seite jedenfalls und sehr häufig auf beiden Seiten ist der Zweck des Streites die Abwendung eines Vermögensnachtheils oder die Zuwendung eines Vermögenszuwachses aus Rechtsgründen, ganz ebenso, wie im Falle des Streites über ein Privatrechtsverhältniß. Das öffentliche Recht äußert seine Wirkung auch auf Privatrechte. Es beschränkt, vernichtet und erzeugt Vermögensrechte, und soweit diese Wirkung Gegenstand eines Streites ist, insoweit tritt die Rechtsprechung des Administrativrichters ein.

Man hat, seitdem die Abgrenzung der civilgerichtlichen und administrativen Kompetenz erörtert wird, stets erkannt, daß in den bezeichneten Fällen, in welchen das öffentliche Recht Vermögensrechte beherrscht, die Streitigkeiten eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite bieten, und hat sich daher auf verschiedene Weise bemüht, zu ermitteln, unter welchen Bedingungen die eine oder andere Seite so vorherrschend sei, daß hiernach die Zuständigkeit des Civilrichters oder die Ausschließung derselben zu bestimmen wäre. Dieß hat man namentlich in Württemberg durch Berufung auf den schon oben erwähnten §. 95 der Verfassungsurkunde von 1819 versucht. Allein wenn dieser Verfassungsbestimmung die Bedeutung einer die Kompetenzgrenze bestimmenden Gesetzesvorschrift gegeben wird, so kann man nicht umhin, die meisten Streitigkeiten über Vermögensrechte auch in den oben bezeichneten zwei Ausnahmsfällen dem Civilgerichte zuzuweisen. Wenn A. behauptet, daß er durch eine Verfügung der Baupolizeibehörde im Widerspruch mit den bestehenden baupolizeilichen Vorschriften in der freien Benützung seines Eigenthums

verhindert sei, so glaubt er sich verletzt: 1) durch einen Akt der Staatsgewalt, 2) verletzt in seinem Privatrechte, in seinem Eigenthum und der hierin liegenden Befugniß der freien Benützung der Sache, 3) in einem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte; denn sein Eigenthum beruht auf einem besonderen Titel. Nach dem Wortlaut des §. 95 der Verfassungsurkunde kann ihm daher in diesem Falle der Weg zum Richter nicht verschlossen werden. Wenn A. behauptet, sein durch Verleihung oder die dieser gleichstehende Immemorial-Verjährung erworbenes Nutzungsrecht an einem öffentlichen Wasser sei durch eine Verfügung der Verwaltungsbehörde verletzt, so liegt nach dem Ausgeführten gleichfalls der Fall des §. 95 der Verfassungsurkunde vor. Denn das Nutzungsrecht des A. ist als Befugniß seiner Person nur als Vermögensrecht, d. h. als rechtlich geschütztes Privatinteresse denkbar, welches auf dem besonderen Titel der Verleihung rc. beruht. [28] Wenn die Rechtsanwendung gleichwohl dem §. 95 diese Folge nicht gegeben hat, so kann man sich hiebei nur von dem Standpunkt aus beruhigen, welchen der Verfasser eines im ersten Bande des Archives veröffentlichten Aufsatzes [29] eingenommen hat, indem er hierin „nur eine ausdrückliche Wahrung von Axiomen eines wohlgeordneten verfassungsmäßigen Staates, deren Deutung und Anwendung erst gesucht werden muß," erblickt. Andere Versuche, durch die Betonung der Worte „besonderer Titel" dem §. 95 eine restriktive Auslegung zu geben, haben durch ihre innere Prinziplosigkeit nicht

[28] Diese Auffassung des §. 95 hat auch von jeher ihre Vertreter gefunden; vgl. Hoffacker's Jahrbücher I, S. 165; v. Wächter, Württemb. Privatrecht a. a. O., S. 7, 8; v. Scheurlen, Civilprozeß, S. 95 u. f. Eine etwas abweichende Ansicht findet sich bei v. Geßler, Tüb. Zeitschrift XVIII, S. 738.

[29] Obertribunalrath Sarwey: Zur Orientirung über die Rechtszustände in Württemberg. Dieses Archiv Bd. I, S. 23.

wenig dazu beigetragen, die Aufgabe zu verwickeln.[30] Die Richtigkeit jener Auffassung des §. 95 leuchtet ein, wenn man die Administrativgerichte unter die Gerichte einreiht. Gerichte im Sinne des §. 95 der Verfassungsurkunde sind nach der dermaligen Behördenorganisation nur die Civilgerichte. Werden aber den Administrativgerichten die Eigenschaften der Gerichte verliehen, so ist der §. 95 durch die Zuweisung der in Frage stehenden Fälle an sie auch nach der hier vertretenen Auslegung vollkommen zur Ausführung gelangt; er hört aber eben damit unter allen Umständen auf, eine Norm für die Kompetenzgrenze der Civilgerichte zu sein.

Die bisherigen Ausführungen lassen sich in Folgendem zusammenfassen: Die Aufgabe der Civilgerichte und der Administrativ-Justizbehörden ist der Schutz bestrittener oder verletzter subjektiver Rechte (Individualrechte), in der Form der Entscheidung und der Vollziehung der rechtskräftigen Entscheidungen.[31] Die Entscheidung über verletzte oder bestrittene Familien- und Vermögensrechte steht dem Civilrichter zu, sofern nicht die Kollision des Vermögensrechtes mit den öffentlichen Interessen oder ein öffentliches Vermögensrecht in Frage steht. Die Entscheidung über alle subjektiven Rechte, welche keinen Geldwerth haben und nicht Familienrechte sind, ebenso der Schutz bestrittener oder verletzter Vermögensrechte in den erwähnten zwei Ausnahmsfällen ist die Aufgabe der Administrativ-Justizbehörden.

§. 2. Die Anwendung des Grundsatzes. 1) Die Kollision der Vermögensrechte mit den öffentlichen Interessen.

Die Richtigkeit dieser Grundsätze wird sich in der folgenden Anwendung auf die einzelnen Fälle an der

[30] Vgl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 233, Note 1.

[31] Auch der Vollziehung nach deutschem, wenn gleich nicht nach französischem Rechte.

Hand der gesetzlichen Bestimmungen und der Praxis und zwar zunächst für die Grenze der civilrichterlichen Zuständigkeit erweisen.[32]

Daß zur Zuständigkeit des Civilrichters alle Streitigkeiten über Familienrechte und über Vermögensrechte, soweit bezüglich der letzteren keine der bezeichneten Ausnahmen zutrifft, gehören, bedarf keines weiteren Nachweises. Ebensowenig bedarf es einer weiteren Erörterung, daß für diejenigen subjektiven Rechte, welche keinen Geldwerth haben, ausgenommen die Familienrechte, wenn und soweit subjektive Rechte dieser zweiten Klasse anerkannt sind, die administrativ-richterliche Zuständigkeit Platz greift. Diese Prüfung hat sich daher nur mit den unter die Ausnahmen fallenden Streitigkeiten über Vermögensrechte zu beschäftigen.

I. Fälle, in welchen die Wirkung des öffentlichen Rechtes auf Vermögensrechte die Zuständigkeit des Civilrichters aufhebt, weil das Vermögensrecht gegen die Geltendmachung der öffentlichen Interessen sich nicht behaupten kann und diese Unterordnung unter die öffentlichen Interessen den Gegenstand des Streites bildet.

Hiebei ist zu unterscheiden, ob das Vermögensrecht

---

[32] **Es ist im Folgenden in der Hauptsache nur eine systematisch geordnete Zusammenstellung bekannter Gesetze und Entscheidungen zu erwarten, welche als die grundlegende Vorarbeit für die Feststellung der Grenzen der Verwaltungsjustiz und der Verwaltung nothwendig ist. Bei der Schwierigkeit dieser umfassenden Aufgabe wird der Verfasser an eine nachsichtige Beurtheilung der Mängel dieser Arbeit, deren er sich wohl bewußt ist, appelliren dürfen. Gleichwohl dürfte dieser Versuch auch für die Rechtsanwendung nicht unerwünscht sein, da eine Zusammenfassung der in zahlreichen zur Veröffentlichung gekommenen, überall zerstreuten Präjudizien bis auf die neueste Zeit für Württemberg fehlt. Die sehr verdienstliche Zusammenstellung bei Schäfer, Civilprozeß, S. 54—87, hat eine systematische Ordnung nicht beabsichtigt und macht eine Ergänzung durch die seit 13 Jahren veröffentlichten Arbeiten und Entscheidungen wünschenswerth.**

durch das Gesetz oder durch die Verfügung einer öffentlichen Behörde, insbesondere vermöge der Polizeigewalt des Staates im öffentlichen Interesse beschränkt oder aufgehoben wird.

A. Im Falle der Aufhebung oder Beschränkung durch das Gesetz gibt es keinen Schutz des Vermögensrechtes durch den Richter, da der Richter nur die Gesetze anzuwenden hat. Wohl aber hat der Civilrichter an sich zu entscheiden, wenn darüber gestritten wird, ob ein Vermögensrecht durch das Gesetz aufgehoben sei oder nicht, sofern dasselbe ein Privatrecht (kein öffentliches Vermögensrecht) ist. Ebenso ist unter derselben Voraussetzung der Civilrichter an sich zuständig, wenn das Gesetz die Aufhebung an gewisse Voraussetzungen geknüpft oder an die Stelle des aufgehobenen Vermögensrechtes ein neues Vermögensrecht gesetzt hat und ein Streit hierüber entsteht. Demgemäß bestimmt noch das Schäfereigesetz vom 9. April 1828 in Art. 9 und 12, daß, wenn sich die Betheiligten über die Bedingungen der Ablösung von Schafweide-Dienstbarkeiten nicht einigen, auf Anrufen der Betheiligten der ordentliche Richter zu entscheiden und ebenso im Streitfalle die Entschädigung für das aufgehobene sog. Landgefährt festzustellen hat.

Man hat es jedoch später zweckmäßig gefunden, die aus der Vollziehung solcher Gesetze sich ergebenden Streitigkeiten an besondere Behörden zu verweisen, und es ist hiemit von allen gesetzgebenden Faktoren die Berechtigung derjenigen Rücksichten anerkannt worden, welche überhaupt, wie der Verfasser in dem ersten Artikel ausgeführt hat, die Administrativgerichtsbarkeit rechtfertigen.

Die württembergischen Ablösungsgesetze weisen ohne Ausnahme Streitigkeiten über ihren Vollzug besonderen (gerichtlichen) Behörden zu, wogegen die Zuständigkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten über das Vermögensrecht selbst, um dessen Aufhebung oder Verwandlung durch das Gesetz es sich handelt, unberührt bleibt.

Dieser Grundsatz hat schon in den Ablösungsgesetzen von 1836 Anwendung gefunden.[33] Die Kreisregierungen, die Ablösungs-, Centralkommission und der Geheimerath sind in der Instanzenfolge durch diese Gesetze zur Entscheidung berufen. Derselbe Grundsatz findet sich in den neueren Ablösungsgesetzen von 1848 und 1849.[34] Die zuständigen Administrativ-Justizbehörden sind die Ablösungs-Kommission und der K. Geheimerath für die zweite und letzte Instanz. Doch ist

1) ein Streit darüber, ob eine Last (nicht nur eine Pfarrbesoldung vgl. Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 61) auf dem Zehnten allein oder zugleich auf anderem Eigenthum ruht, von dem ordentlichen Civilrichter zu entscheiden.[35]

2) Bezüglich der Leistungen für öffentliche Zwecke, welche das Gesetz als mit dem Besitze einzelner oder verbundener Gegenstände verknüpfte bleibende Lasten für ab-

---

[33] Art. 15 und 16 des Gesetzes vom 27. Oktober 1836 in Betreff der Beeden und ähnlicher Abgaben; Art. 35 des Gesetzes vom 28. Okt. 1836 in Betreff der Ablösung der Frohnen; Art. 24 bis 26 des Gesetzes vom 29. Oktober 1836, betreffend die Entschädigung der berechtigten Gutsherrschaften für die Aufhebung der leibeigenschaftlichen Leistungen.

[34] Art. 17 des Gesetzes vom 14. April 1848, betr. die Beseitigung der auf dem Grund und Boden ruhenden Lasten; Art. 66 bis 68 des Gesetzes vom 17. Juni 1849, betr. die Ablösung der Zehnten; Art. 11 und 12 des Gesetzes vom 24. August 1849, betr. die Beseitigung der Ueberreste älterer Abgaben. Art. 11 und 12 des Gesetzes vom 19. April 1865 wegen Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke. Abweichende, jeder inneren Konsequenz ermangelnde Bestimmungen über die Kompetenz bei Streitigkeiten über Ablösungsentschädigungen enthält das preußische Gesetz vom 21. Mai 1861, eine Erscheinung, welche sich nur daraus erklärt, daß man in Preußen außerhalb der Civilgerichte bis jetzt überhaupt keine Rechtsprechung über subjektive Rechte kennt und keine hiezu geeigneten Staatsorgane hat.

[35] Art. 41 des Zehntablösungsgesetzes, §. 46 der Hauptinstruktion zu demselben.

lösbar erklärt, sind nicht nur die Streitigkeiten über das Dasein und den Umfang, sondern auch über die rechtliche Natur und die Ablösbarkeit einer Leistungsverbindlichkeit den Gerichten zugewiesen. (Vgl. unten §. 4, a. E).

3) Ueber die Zuständigkeit in Streitfällen darüber, ob angeblich rückständige Leistungen aus einer zur Ablösung zu bringenden Leistungsverbindlichkeit nachträglich zu erfüllen sind, enthält nur der Art. 34 des Gesetzes vom 29. Okt. 1836, betr. die Aufhebung der leibeigenschaftlichen Leistungen, die Ausnahmebestimmung, daß über Entschädigungsansprüche für die von 1818 bis 1836 entbehrten Nutzungen die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben. Bei Streitigkeiten über nachträgliche, der Ablösung vorgängige Leistung verfallener Schuldigkeiten in Anwendung der neueren Ablösungsgesetze, insbesondere in den Fällen des Art. 5 des Gesetzes vom 19. April 1865, ist dagegen die Zuständigkeit der Ablösungsbehörden durch Entscheidung der K. Ablösungskommission und des K. Geheimenrathes anerkannt. [36]

Das Gesetz vom 8. Juni 1849 über Bannrechte und Gewerbsberechtigungen mit Ausschließungsbefugniß, welches diese Berechtigungen ausnahmslos für aufgehoben erklärt und eine Entschädigung nur „für die durch privatrechtlichen Titel entstandenen oder später durch solchen erworbenen" Rechte vorbehält, bestimmt in Art. 15 gleichfalls, daß die Entscheidung der über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes entstehenden Streitigkeiten der Ablösungskommission mit dem Rekurs an den Geheimenrath zusteht, wogegen ein Streit über die Existenz und den Umfang eines solchen Rechtes nach Art. 19 den Gerichten zugewiesen ist. Da in dem Falle, wenn die Gerichte die

[36] Erkenntniß der Ablösungskommission vom 1. Juni 1869, betr. die Ablösung der Baulast an der Kirche zu Kirchen; vom 26. Juni 1871 in S. des Stiftungsrathes in Herdtfeldhausen gegen den Hospital in Bopfingen; Entscheidung des K. Geh.-Rathes vom 3. Febr. 1872 in derselben Sache.

Existenz eines Bannrechtes anerkennen oder über seinen Umfang entscheiden, dasselbe auf einem „privatrechtlichen Titel" beruhen muß, so entscheiden die Gerichte hiemit stets auch sachlich, wenn nicht formell, über die Entschädigungspflicht, während, wenn das Bannrecht selbst nicht in Streit gezogen wird, darüber, ob es auf einem privatrechtlichen Titel beruht, die Ablösungsbehörden entscheiden.

Folgerichtiger ordnet die Kompetenz das Gesetz vom 17. August 1849 über das Jagdwesen, welches jedes Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden für aufgehoben erklärt und für diejenigen Rechte, die ein Anderer als der Staat erweislich durch einen lästigen mit den Eigenthümern abgeschlossenen Vertrag erworben hat, eine Entschädigung gewährt. Nach dem Jagdgesetz sind Streitigkeiten über den Grund des Anspruches und über die Größe der Entschädigung von den Gerichten zu entscheiden.

Der Entwurf des Weideablösungsgesetzes, wie er aus den Berathungen der Kammer der Abgeordneten hervorgegangen, weist ebenso die Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes ergeben, der Regel nach den Verwaltungsjustizbehörden (Oberamt, Kreisregierung, Geheimerath) zu, jedoch wird der civilgerichtlichen Zuständigkeit vorbehalten:

1) die Entscheidung von Streitigkeiten über das Bestehen oder den Umfang eines Waldweide-, Waldgräserei- und Waldstreurechtes oder einer besonderen hiemit zusammenhängenden Kulturbeschränkungsbefugniß, sowie über etwaige Gegenleistungen des Berechtigten an den Belasteten,

2) die Entscheidung von Streitigkeiten über das Bestehen und den Umfang eines Feldweide- und Pferchrechtes, in soweit dasselbe nicht auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt wird,

3) die Entscheidung von Streitigkeiten über die die Entschädigungspflicht bedingende Frage, ob eine Kulturbe-

schränkungsbefugniß auf Grund eines privatrechtlichen Titels bestanden hat.

B. In den zahlreichen Fällen, in welchen vermöge des sog. jus eminens des Staates oder vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmungen Vermögensrechte im öffentlichen Interesse gegen den Willen des Berechtigten durch Verfügungen der Staatsverwaltungsbehörden beschränkt, geschmälert, modifizirt oder entzogen werden können, steht der allgemeine Grundsatz fest, daß über das Recht der Behörden zu einer solchen Maßregel überhaupt und im einzelnen Falle niemals die Gerichte zu entscheiden haben. Obwohl hierin stets ein unmittelbarer und nicht selten sehr empfindlicher Eingriff in die Privatrechtssphäre liegt, welcher, falls dessen Gesetzmäßigkeit bestritten ist, als eine wirkliche Rechtsverletzung erscheint, ist doch in der württembergischen Rechtsprechung anerkannt, daß ein Streit hierüber niemals auf den Civilrechtsweg gebracht werden kann,[37] da die Behörden hiebei stets als öffentliche Gewalt handeln und die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit ihres Handelns ausschließlich nach dem öffentlichen Rechte zu beurtheilen ist.

Hiebei gestaltet sich übrigens das Verhältniß des Einzelnen zu der öffentlichen Gewalt verschieden, je nachdem für den mit dem Eingriff verbundenen Vermögensnachtheil des Einzelnen eine Entschädigung zu gewähren ist oder nicht. Diese zwei Arten von Eingriffen der öffentlichen Gewalt in die Vermögensrechte sind daher je für sich zu betrachten.

---

[37] Abweichend hievon ist die Entscheidung der Juristen-Fakultät in Göttingen bei Seuffert, Archiv, Bd. XVI, S. 255, welche in einem hieher gehörigen Falle die Zuständigkeit des Civilrichters mit Folgendem begründet hat: „Es ist klar, daß das Niederreißen eines Wohnhauses durch einen Dritten ein Eingriff in das wohlerworbene Recht des Eigenthümers ist und daß die Frage, ob die Handlung eine widerrechtliche, den Urheber zur Entschädigung verpflichtende auch dann, wenn sie von einem öffentlichen Beamten unter Be-

1) In allen Fällen der Expropriation tritt an die Stelle des entzogenen oder geschmälerten Vermögensrechtes der vermögensrechtliche Anspruch auf volle Entschädigung, was für die Kompetenzgrenze zwei wesentliche Folgen hat. Da man hiebei davon ausgeht, daß für das entzogene oder geschmälerte Privatrecht ein volles Aequivalent gewährt wird, so kann, sofern dem Einzelnen die Realisirung des Aequivalents gesichert ist, auf einen weiteren Rechtsschutz seines Vermögensrechtes wohl verzichtet werden. Andererseits ist ein richterlicher Schutz gegen die Rechtsentziehung selbst, soll der Zweck erreicht werden, ausgeschlossen, da der öffentlichen Gewalt in den Mitteln zu Erreichung des Zweckes ein richterlicher Spruch nicht hindernd in den Weg treten darf. Es ist daher über die Vermögensabtretung selbst der Rechtsweg nicht zulässig, dagegen ist der Civilrichter über die zu gewährende Entschädigung ausschließlich zuständig. Die hieher gehörigen Fälle sind

a) §. 30 der Verf.-Urkunde.

b) Art. 9 der Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862, wonach in Nothfällen und aus Gründen des öffentlichen Wohles die Polizeibehörde befugt ist, den Gewerbetreibenden zur Arbeit und zum Verkauf seiner Waaren anzuhalten und den Preis dafür vorbehältlich des ordentlichen Rechtsweges vorläufig zu bestimmen. [38]

c) Art. 6 des Gesetzes vom 15. Mai 1859, betreffend die Aufbringung des Bedarfs an Pferden für den Fall der Mobilmachung des K. Truppenkorps, wonach, wenn

rufung auf seine amtliche Pflicht vorgenommen wurde, eine reine Rechtsfrage ist." Nach diesem Satze müßten alle diese Streitigkeiten an den Civilrichter verwiesen werden, sofern die öffentliche Gewalt in die Vermögensrechte des Einzelnen eingreift. (Vergl. unten Note 42 und 57).

[38] Die am 1. Januar 1872 in Geltung getretene deutsche Gewerbeordnung hat keine derartige Bestimmung. Da aber dieses der Polizeibehörde eingeräumte Recht aus dem jus eminens des Staates folgt, so wird man dasselbe auch nach Einführung der deutschen Gewerbeordnung nicht als aufgehoben zu betrachten haben.

der frühere Eigenthümer des im Zwangswege für das Truppenkorps erworbenen Pferdes den von der Schätzungskommission bestimmten Preis nicht annehmbar findet, hierüber die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben.

d) Art. 25 und 26 des Gesetzes vom 18. Juni 1864, betreffend die militärische Einquartierung und ähnliche Leistungen für die K. Truppen, und §. 2 der K. Verordnung vom 4. August 1870, betreffend die Abänderung einer Bestimmung des Gesetzes vom 18. Juni 1864, wornach für gewisse außerordentliche Beschädigungen durch die Ueberlassung des Gebrauches von Sachen an die Militärverwaltung und für im Requisitionswege erfolgte Lieferungen an Bauholz, Stroh, Heizungs-, Beleuchtungs- und Kochmaterial voller Ersatz zu gewähren ist, bezw. die laufenden Preise zu vergüten sind.

Das Gesetz erwähnt zwar der Zulässigkeit des Civilrechtsweges im Falle eines Streites über diese Entschädigungsansprüche nicht ausdrücklich. Allein da es vollen Ersatz zur Pflicht macht, so kann nach der Analogie des §. 30 der Verf.-Urkunde die Zulässigkeit des Rechtsweges keinem Bedenken unterliegen.

e) Nach §. 51 der deutschen Gewerbeordnung kann wegen überwiegender Nachtheile und Gefahren für das Gemeinwohl die fernere Benützung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit untersagt werden; doch muß dem Besitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden, worüber der Civilrichter entscheidet.

Eine Erörterung der Frage, unter welchen Voraussetzungen, abgesehen von diesen gesetzlich besonders geregelten Fällen, für Eingriffe in die Vermögensrechte durch die öffentliche Gewalt eine Entschädigungspflicht besteht, d. h. eine Erörterung des §. 30 der Verfassungs-Urkunde in seiner Bedeutung für das materielle Recht, gehört nicht hieher. Doch sind hierüber einige Bemer-

kungen insoweit, als diese Frage die Zuständigkeitsgrenzen beeinflußt, anzufügen.

Der §. 30 der Verfassungsurkunde hat neben dem Eigenthum auch die Abtretung „anderer Rechte“ erwähnt und hiemit ein Prinzip ausgesprochen, welches die unter b—e aufgeführten gesetzlichen Vorschriften nur auf einzelne besondere Fälle angewendet haben. Man würde jedoch zu weit gehen, wenn man für jeden mit einem Vermögensnachtheil verbundenen, im öffentlichen Interesse gemachten Eingriff in die Privatrechtssphäre in Ermangelung besonderer Vorschriften eine Entschädigungspflicht behaupten wollte. Vielmehr ist umgekehrt jede Entschädigung ausgeschlossen, wo die Entschädigungspflicht nicht ausdrücklich durch das Gesetz vorgeschrieben ist, besteht mithin, abgesehen von den besonderen oben genannten Fällen, nur innerhalb des von dem §. 30 der Verfassungs-Urkunde bezeichneten Kreises.[39]

Nun sind aber außer den unter b—e angeführten Fällen zahlreiche Eingriffe in Vermögensrechte im öffent-

---

[39] Vergl. v Rönne a. a. O., S. 63. „Niemand kann für Nachtheile, welche ihm durch Regierungshandlungen entstehen, Ersatz fordern, wenn nicht ein besonderes Gesetz eine Ausnahme vorschreibt.“ Der Fall, wenn für gewisse Leistungen Einzelner im öffentlichen Interesse, wie Quartierlast rc., bestimmte Vergütungen gewährt werden, gehört nicht hieher, weil nicht der volle Ersatz des zugefügten Vermögensnachtheils geleistet werden soll. Wenn Brater a. a. O., S. 53, sagt: in Ermangelung besonderer Normen kommen die allgemeinen privatrechtlichen Grundsätze über Schadenersatz zur Anwendung, so ist hiemit entweder Nichts oder zu viel gesagt. Diese Grundsätze sind eben ausgeschlossen, wo die öffentliche Gewalt in Privatrechte eingreift; denn nach privatrechtlichen Grundsätzen könnte sie überhaupt nicht eingreifen. Wollte aber an Entschädigungsansprüche gegen den einzelnen Beamten gedacht werden, so wäre hiemit eine nicht hieher gehörige Frage hereingezogen. Denn an diesem Orte handelt es sich nicht um die Entschädigung durch einen einzelnen pflichtwidrig handelnden Beamten, sondern um die Entschädigung aus öffentlichen Mitteln.

lichen Interesse denkbar, auf welche die Vorschrift des §. 30 der Verfassungsurkunde keine Anwendung zuläßt. Abgesehen von der Frage, ob auch die Entziehung von Vermögensrechten, die in dem öffentlichen (Genossenschafts)-Rechte ihren Grund haben, z. B. von Allmanden, von Nutzungsrechten an öffentlichem Wasser, durch Flußkorrektionen u. dgl., von Zufahrten auf öffentlichen Wegen, unter den §. 30 der Verfassungsurkunde fällt [40] und ob auf das Wort „Abtretung" ein Gewicht zu legen ist, genügt es, an die Eingriffe der Polizeigewalt im Falle von Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit, z. B. die Entfernung oder Reparatur eines baufälligen Hauses und an die zahlreichen Fälle zu erinnern, in welchen der Wasserlauf durch die Anlegung oder Veränderung einer öffentlichen Straße oder die Veränderung öffentlicher Wasserabzugswege (Dohlen, Kandeln ꝛc.) [41] zum Nachtheile der Anlieger verändert wird. Daß auch in diesen Fällen die Maßregel der öffentlichen Gewalt bei dem Civilrichter nicht angefochten werden kann, ist in zahlreichen Entscheidungen der höchsten Gerichte anerkannt. [42] Dagegen fragt es sich,

---

[40] Vergl. Seuffert, Archiv VI, S. 361, dieses Archiv XII, S. 308.

[41] Dieses Archiv II, S. 288.

[42] Es handelt sich hier nur um Verfügungen und Veränderungen, welche von der öffentlichen Gewalt vermöge der ihr obliegenden Fürsorge für die öffentlichen Interessen, namentlich auch für den öffentlichen Verkehr und die ihm dienenden Sachen vorgenommen werden. Daß hiernach die Fälle, in welchen die benachtheiligende Handlung von einem Einzelnen vorgenommen wird, nicht hierher gehören, da zum Schutz gegen diese die Klagen zur Verfolgung der aus dem Quasidelikt entstandenen besonderen Obligation gegeben sind, ist selbstverständlich. Hiebei kann allerdings, wenn es eine öffentliche Behörde (Eisenbahnbau- oder Gemeindebehörde) ist, welche auf ihrem, dem öffentlichen Gebrauch dienenden Eigenthum eine solche Veränderung vorgenommen hat, zweifelhaft sein, ob sie als einzelne oder vermöge der öffentlichen Gewalt gehandelt hat. Die Rechtsprechung ist hierüber schwankend. In den Fällen bei Seuf-

ob nicht in diesen Fällen dem Benachtheiligten eine Entschädigungsklage zusteht und wer im Streitfalle über die Entschädigungspflicht zu entscheiden habe. Da, wenn der §. 30 der Verf.-Urkunde Anwendung findet, die Entschädigungspflicht feststeht, andernfalls aber ein Entschädigungsanspruch unstatthaft ist, so läßt sich diese Frage auch allgemein dahin fassen, ob der Civilrichter, wenn bei ihm ein Entschädigungsanspruch wegen Verletzung von Vermögensrechten durch die öffentliche Gewalt anhängig gemacht, die Entschädigungspflicht aber bestritten ist, auch über diese zu erkennen habe oder ob seine Zuständigkeit nur auf die Feststellung der Entschädigungssumme beschränkt ist und mithin der Streit über die Entschädigungspflicht einen von den Verwaltungsbehörden zu entscheidenden Präjudicialpunkt bildet. Der Wortlaut der Verfassungsurkunde spricht für das letztere, indem der §. 30 nicht die Entscheidung über die Entschädigung, sondern nur über „die Summe der Entschädigung" an den ordentlichen Richter verweist. Auch ist die von

---

fert, Archiv, Bd. V, S. 34, S. 157, VIII, S. 365, IX, S. 379, X, S. 224, wurde die Zuständigkeit des Civilrichters angenommen. Verneint wurde sie in den Fällen bei Seuffert, Archiv V, S. 62, XVII, S. 146, XIX, S. 414. Württ. Archiv II, S. 295, XII, S. 308; vgl. auch §. 4, S. 63 unten. Von dem Oberappell.-Ger. in Wiesbaden wurde eine Klage auf Herstellung des früheren Zustandes so lange für statthaft erklärt, als die Beklagte „nicht die in den Gesetzen für Eingriffe in Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken vorgeschriebenen Bedingungen, also insbesondere die entsprechende Verfügung des Gesammtministeriums beibringe." Seuffert, Archiv, Bd. XVI, S. 138. Unklar ist es, wenn in der eod. Bd. IX, S. 110 mitgetheilten Entscheidung desselben Gerichtes gesagt ist, „wenn der Richter die Ueberzeugung habe, daß der Polizeibeamte die Grenzen seiner Befugnisse überschritten, in Privatrechte eingegriffen habe, habe er den Kompetenz-Konflikt zu erheben." Eine von der Polizeibehörde als solcher und nicht vermöge einer administrativ gerichtlichen Thätigkeit (s. Note 12) erlassene Verfügung kann nicht Anlaß zu einem Kompetenz-Konflikt geben. (Vergl. den Fall in Seuffert, Archiv V, S. 62).

Brater [43] gemachte an sich richtige Bemerkung, daß die Zuerkennung von Entschädigungsansprüchen durch den Richter aus Maßregeln, welche die Staatsverwaltung für rechtmäßig und nothwendig erkannt hat, im Widerspruch mit dem Gesetze deren Erneuerung finanziell erschweren könne, bei der Beurtheilung dieser Frage sehr zu beachten. Gleichwohl wird sich für die Zulassung des Civilrechtsweges zu erklären sein, da über den Entschädigungsanspruch, wie bemerkt, ganz unabhängig von der Frage, ob die Maßregel im öffentlichen Rechte begründet und nothwendig ist, zu entscheiden ist. Auch kann der Richter in den Fällen des §. 30 streng genommen über die Entschädigungssumme nicht entscheiden, ohne auch die Entschädigungspflicht und namentlich deren Umfang zu prüfen. Dieß hat das K. Obertribunal in einer Entscheidung vom 24. Januar 1845, [44] ebenso das O.A.-Gericht zu

---

[43] A. a. O., S. 55. Zu enge faßt Brater diese Frage, wenn er sagt: Wird der Entschädigungsanspruch des Klägers darauf gestützt, daß eine ihm nachtheilige Maßregel im Widerspruch mit den bestehenden Gesetzen vorgenommen worden sei, so ist eine staatsrechtliche Präjudicialfrage gegeben. Hiedurch wird die Sache unnöthig verwickelt. Durch die Ungesetzlichkeit der Maßregel ist der Entschädigungsanspruch nicht bedingt. Nur darf nicht übersehen werden, daß es sich hier nicht um eine Regreßklage an einen schuldhaften Beamten handelt. (Vergl. Note 42.) Hat nämlich der Verletzte den Verwaltungs-Instanzenzug erschöpft, so ist die Gesetzmäßigkeit formell erwiesen. Hat er die Erhebung der Beschwerde unterlassen, so hat er sich der Maßregel freiwillig gefügt und sie ist hiedurch eine gesetzliche geworden. Die Frage ist stets, ob die Maßregel, welche bei Erhebung der Klage feststeht, mag sie von Anfang an anfechtbar gewesen sein oder nicht, eine Entschädigungspflicht der öffentlichen Kasse erzeugt oder nicht.

[44] Seuffert, Archiv IV, 416. „Dagegen ist das richterliche Urtheil darüber nicht ausgeschlossen, ob die bestehende Gesetzgebung Denjenigen, welche durch einen Akt derselben in einem auf privatrechtlichem Titel beruhenden Rechte beeinträchtigt sind oder sich für beeinträchtigt halten, einen Anspruch auf Entschädigung einräume oder nicht, indem Entschädigungsansprüche wegen solcher Rechte, so-

Darmstadt unter dem 25. Oktober 1844 [45] anerkannt. Auch der frühere Herausgeber des Archivs hat in Bemerkungen zu dem einen der obenerwähnten Rechtsfälle, in welchen es sich um die Zulässigkeit der actio aquae pluviae arcendae und der actio negatoria de stillicidio vel flumine gegen eine auf öffentlichem Grund und Boden an öffentlichem Orte gemachte Anlage handelte, sich dahin geäußert, daß, wenn dieß nicht auf dem Wege der Beschwerde gegen die verletzende Maßregel möglich sei, „der Eingriff in die Rechte des Einzelnen durch Entschädigung gut gemacht werden müsse, wobei die Frage: Wie dem Gerichte zuzuweisen sei.“ Nur ist demselben nicht beizustimmen, wenn er für den gegebenen Fall annimmt, „es liege eine Art Expropriation vor, für welche Entschädigung zu leisten sei.“ Aus der Zulassung des Rechtsweges folgt nur, daß der Civilrichter über die Entschädigungspflicht zu erkennen hat. Aber daran ändert dieß nichts, daß er dieselbe nicht bejahen kann, wenn keiner der Fälle vorliegt, in welchen ein ausdrückliches Gesetz die Entschädigung anordnet. [46] Eben hieraus folgt aber, daß, worauf mit

---

weit sie nach positivem Rechte begründet sind, nicht minder als die auf privatrechtlichem Titel beruhenden Rechte selbst nach allgemeinen Grundsätzen sowohl als nach den Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde unter dem Schutze des Richters stehe.“ Nicht zu verwechseln mit der Frage über die Entschädigungspflicht ist ein Streit darüber, ob eine Sache, welche für den öffentlichen Gebrauch, z. B. als Straßenplatz in Anspruch genommen wird, sich im Eigenthum des Einzelnen oder der Gemeinde oder des Staats befinde, oder ob dem Einzelnen ein anderes Recht zustehe, dessen Abtretung der Erreichung des öffentlichen Zweckes voranzugehen hätte, das aber bestritten ist. Diese Streitigkeiten sind rein privatrechtliche. Seuffert, Archiv, Bd. IX, S. 210; Kübel, württ. Gerichtsblatt III, S. 297, V, S. 276.

[45] Seuffert, Archiv IX, S. 111.

[46] Eine andere Frage ist, wer die etwa durch eine polizeiliche Maßregel, z. B. die Reparatur eines baufälligen Werkes entstandenen Kosten zu ersetzen hat. Möglicherweise kann nach den Grundsätzen

Recht schon v. Mohl allerdings bis jetzt ohne Erfolg hingewiesen hat, der §. 30 einer Ergänzung durch Spezialgesetze dringend bedarf. Denn aus dem jus eminens des Staates folgt wohl das Recht der Staatsverwaltung, zu Erreichung öffentlicher Zwecke in die Privatrechte einzugreifen, aber nicht, daß der Einzelne dieses Opfer der Gesammtheit zu bringen habe, wobei es an sich keinen Unterschied macht, ob sein Vermögensrecht auf dem Privatrecht oder auf einem Grunde des öffentlichen Rechtes beruht, ob der zugefügte Nachtheil in der Abtretung eines bestimmten Vermögensrechtes oder in einer Einwirkung auf sein Eigenthum besteht, gegen welche er sonst sich civilrechtlich schützen könnte. [47]

Als die Ausführung des §. 30 der Verfassungsurkunde durch ein Spezialgesetz sind hier noch die Bestimmungen des Gesetzes vom 26. März 1862 über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte zu erwähnen, welche die Abtretung von Grundeigenthum und Wegeservituten zum Zwecke der Ausführung der Feldwegregulirung, sowie die Aufhebung von Trepprechten anordnen. (Art. 18—21, Art. 36 und 37). Diesem Gesetz wird sich das im Entwurf eingebrachte Gesetz über Güter-Zusammenlegung anreihen.

2) Zahlreicher sind die Fälle, in welchen das Ver-

---

der negotiorum gestio diese Frage vor den Civilrichter gebracht werden. Vergl. Seuffert, Archiv IX, 285 und Art. 18 der neuen Bauordnung nach den Beschlüssen der Kammer der Abg.

[47] Nach Einer Seite ist diese Forderung durch den von der Kammer der Abg. bei Berathung der neuen Bauordnung beschlossenen Artikel 9 a erfüllt. Derselbe lautet: Soweit in Folge der Durchführung des in dem Ortsbauplan festgesetzten Straßen-Visirs die Besitzer von Gebäuden, welche schon vor Feststellung jenes Visirs an der richtig zu legenden Straße errichtet waren, in der seitherigen Benützung ihrer Gebäude wesentlich beeinträchtigt werden oder um dieselben sich zu erhalten zu baulichen Aenderungen gezwungen sind, können sie von der Gemeinde den Ersatz ihres Schadens beanspruchen.

mögensrecht, insbesondere auch die Arbeitskraft des Einzelnen durch die Rücksicht auf das öffentliche Interesse an sich beschränkt oder demselben dienstbar gemacht ist, woraus von selbst folgt, daß für diese Eingriffe in die Privatrechts-Sphäre von einer Entschädigung nicht die Rede sein kann.

Jeder hieraus entstehende Streit ist von der Rechtsprechung der Civilgerichte ausgeschlossen.

Die Arbeitskraft des Einzelnen ist der Gesammtheit dienstbar gemacht durch die allgemeine Kriegsdienstpflicht, die Quartierlasten, die Leistungen für Feuerlöschzwecke, Staatsfrohnen, Vorspanndienste, Schneeschäufeln, Straßenreinigung u. s. f. Hieher gehören auch die Dienste zum Zwecke der Besorgung der öffentlichen Angelegenheiten, welche den Einzelnen nicht in Folge eines Dienstvertrages, sondern vermöge einer allgemeinen Bürgerpflicht, durch einseitige Aufrufung hiezu obliegen, wie die Dienste in der Gemeindeverwaltung, die Obliegenheiten der Geschworenen, Schöffen, in Bezirks- und Kreisvertretungen, in Bürgerwachen rc., wenn der Einzelne im Widerspruch mit der Staatsverwaltung bestreitet, hiezu verpflichtet zu sein.[48] Werden diese Leistungen Gegenstand eines Streites, so ist es stets der Einzelne, welcher den Schutz gegen eine angeblich gesetzwidrige Zumuthung der öffentlichen Gewalt anruft und welcher in Wahrheit, wenn dieselbe gesetzwidrig ist, in einem sehr wesentlichen Privatrecht, durch den Kriegsdienst sogar in seiner ganzen persönlichen Existenz bedroht[49] und hiemit verletzt ist. Sehr

---

[48] Wenn ihm die Fähigkeit hiezu gegen seine Behauptung bestritten wird, so ist nicht ein Vermögensrecht in Frage; diese Fälle fallen daher nicht unter die hier erörterten Ausnahmen, sondern unter die Regel bezüglich der öffentlichen Rechte der zweiten Art. (Oben §. 1, Z. II).

[49] Der Patriotismus und die Pflicht des Patriotismus ändert hieran Nichts. Die Frage ist, ob Jemand rechtlich auch gegen seinen freien Willen verpflichtet ist, mit seinem Leben in allen Fällen, in welchen die bewaffnete Macht aufgeboten wird, einzustehen. (Vergl. folgende Note).

häufig wird der Streit in diesen Fällen die Form der Ausnahme von der Regel der Pflicht zur Dienstleistung annehmen. In der Sache ändert dieß Nichts. Die Gesammtheit ist unzweifelhaft berechtigt, von ihren Gliedern diese persönlichen Leistungen zu beanspruchen, aber zu dem Schutze derselben gegen ungerechte Anforderungen bestehen über die Grenzen jenes Rechtes gesetzliche Vorschriften und jeder Anspruch, welcher im Widerspruch hiemit erhoben wird, ist daher eine Verletzung der Privatrechtssphäre des Individuums, seines Individualrechtes. Ein Streit hierüber kann mithin nur durch die Rechtsprechung erledigt werden. Allein niemals hat man die Civilgerichte für zuständig hiezu erachtet, obwohl sich nicht rechtfertigen läßt, wenn in denjenigen Staaten, welche keine Administrativjustiz kennen, hiemit jeder richterliche Schutz gegen solche Rechtsverletzungen fehlt [50] Ebenso verhält es sich mit den Gegen-

---

[50] Das Nähere hierüber gehört in die Erörterung der Grenze der Verwaltungsjustiz und der Verwaltung. Der Einzelne ist nicht so sehr Accidenz der Substanz des Staates, daß beispielsweise jede Nichtheranziehung zum Kriegsdienst eine Wohlthat wäre, welche ihm gewährt oder nicht gewährt werden kann. Die Kriegsdienstgesetze ordnen die staatsbürgerliche Militärpflicht. Hiebei ist allerdings bezüglich jeder einzelnen Bestimmung die Frage zu unterscheiden, ob sie der Verwaltung die Befugniß verleiht, auf die Geltendmachung derselben zu verzichten, oder ob sie die Pflicht des Einzelnen verneint. Zu der ersten Klasse gehören unzweifelhaft die Befreiungsgründe wegen körperlicher Untüchtigkeit. In diesen Fällen ist der Einzelne verpflichtet, aber das Interesse des Dienstes rechtfertigt es, daß seine Pflicht nicht in Anspruch genommen wird. Wenn aber der Einzelne behauptet, daß bei ihm die gesetzlichen Bedingungen der beanspruchten Leistung im aktiven Heere, der Reserve oder Landwehr an sich nicht zutreffen, so ist die Einreihung in eine dieser Klassen, wenn sie dem Gesetze nicht entspricht, eine Verletzung seiner Persönlichkeit, über welche eine Rechtsprechung ebendeßhalb denkbar und folgerichtig zuzulassen ist. Welche Grenzen der Rechtsprechung gezogen sind, ist hiernach eine Frage der materiellen Gesetzgebung, nicht des Grundsatzes über Kompetenz-Abscheidung der Gerichte und der Verwaltung. Wenn es sich de lege ferenda handelt, wird man

leistungen, welche die öffentlichen Kassen für diese von dem einzelnen Staatsbürger beanspruchten Dienste zu leisten haben. Der Einzelne hat ein Recht auf dieselben, und es muß ihm daher dessen Geltendmachung bei einer richterlichen Behörde offen stehen. Allein darüber ist kein Zweifel, daß diese Behörde nicht das Civilgericht ist.[51]

Es gibt ferner eine große Zahl auch von Vermögensrechten, welche durch die Rücksichten des öffentlichen Interesses an sich beschränkt sind, und nur unter den Voraussetzungen, welche das öffentliche Recht bestimmt, ausgeübt werden können. Die Wahrung dieser Beschränkungen ist eine Polizeisache, wobei entweder die Ausübung durch eine vorangegangene polizeiliche Genehmigung be-

---

sie dahin formuliren können, daß, wo die Militärpflicht an sich bestritten ist, der Streit der Rechtsprechung, wo eine Befreiung von der Pflicht aus Gründen des Dienstes beansprucht ist, der Verwaltung angehört. Auch ist im öffentlichen Interesse die provisorische Vollziehung des Ausspruchs der Militärverwaltungsbehörde zuzulassen. Die württembergischen Kriegsdienstgesetze von 1843 und 1868 hatten hierüber einige zweckmäßige Bestimmungen. (Art. 27 und 28 des Kriegsdienstgesetzes vom 22. Mai 1843, §. 48—60 der Instruktion vom 30. Dez. 1843. Art. 44 des Gesetzes vom 12. März 1868.) In dem jetzt geltenden Reichsgesetze vom 9. Nov. 1867 finden sich keine derartigen Bestimmungen. Die Militärersatz-Instruktion vom 26. März 1868 unterscheidet in §. 78 (Prüfung der Reklamationsanträge) diese prinzipiell verschiedenen Fälle nicht und wenn auch vermöge der ganzen Einrichtung des Ersatzgeschäftes vielleicht ein dringendes praktisches Bedürfniß nicht vorliegt, so ist doch prinzipiell die Forderung dieser Unterscheidung für das deutsche Reich, das die Realisirung des Rechtsstaates werden soll, festzuhalten.

[51] Vergl. Art. 42 und 43 des Gesetzes vom 18. Mai 1864, betreffend die militärische Einquartierung, §. 80 der Instruktion für die Kreisregierungen vom 21. Dez. 1819, §. 12, 13—17, 64, 66 der erneuerten Straßenpolizei-Ordnung für Stuttgart und Ludwigsburg vom 6. August 1811, Erlaß des Ministeriums des Innern vom 4. Mai 1833, betreffend die Verbindlichkeit zu Abräumung des Schnees von den öffentlichen Straßen, Rgbl. von 1833 a, S. 266, Art. 55—58 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dez. 1833, Art. 36.

dingt oder der Polizeigewalt die Befugniß eingeräumt ist, gegen eine im Widerspruche mit den bestehenden Vorschriften stehende Ausübung oder Unterlassung repressiv einzuschreiten. Die Repression kann die Strafe sein und gehört in dieser Form nicht hieher. Sie kann aber auch in der unmittelbaren Verhinderung der Ausübung des Rechtes oder in der Vernichtung seiner Aeußerung nöthigenfalls durch Auferlegung eines Schadensersatzes bestehen, in welchen Fällen sie ein unmittelbares Eingreifen in Vermögensrechte ist. Die Regel ist, daß diese Vermögensrechte des Einzelnen nur im Einklang mit den Polizeivorschriften ausgeübt werden können. Eine Ausübung im Widerspruche mit denselben ist an sich unberechtigt, das Recht hört auf, wo ihm die polizeiliche Schranke gegenüber steht. Aber es ist verletzt, wenn die Ausübung im Widerspruch mit seiner gesetzlichen Beschränkung verhindert oder beeinträchtigt wird. Behauptet der Einzelne eine solche Verletzung seines subjektiven Rechtes, so kann der Streit hierüber, obwohl ein Privatrecht in Frage steht, nur nach dem öffentlichen Rechte beurtheilt werden und eignet sich daher nicht vor die Civilgerichte.

Hieher gehören

1) die Fälle, in welchen die gewerbliche Thätigkeit des Einzelnen beschränkt oder an besondere Bedingungen geknüpft ist.[52]

---

[52] Art. 7, 8, 13, 14, 50 der früheren württ. Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862. Ein besonderer Fall ist die für einzelne Arten der Gewerbethätigkeit vorbehaltene Verleihung durch den Staat. In den Fällen des Art. 11 und 16 der Gewerbeordnung wird das subjektive Recht zu einer bestimmten Gewerbethätigkeit erst durch eine Verleihung durch die Staatsgewalt erworben, d. h. das Recht des Einzelnen auf Ausnutzung seiner Arbeitskraft enthält an sich die Befugniß zu dieser bestimmten Thätigkeit nicht. Wenn die Konzession aber ertheilt ist, so besteht ein Recht hierauf; insoweit kann sie mithin Gegenstand der Rechtsprechung werden, welche jedoch nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 65 der Gewerbeordnung (vergl. Art. 12) keinesfalls vor die Civilgerichte gehört. Die Errichtung

2) Die polizeilichen Beschränkungen der Jagd, der Fischerei, des Weiderechtes, der Waldweide, der Laubstreu-Gerechtigkeit und der Holznutzungen aus Waldungen.

3) Die baupolizeilichen Beschränkungen in der Benützung des Grundeigenthums, wohin auch die Beschränkung des Grundeigenthümers in seinem Rechte, auf Wasser zu graben, gehört.[53]

In der Verneinung der civilrichterlichen Kompetenz zu Aburtheilung aller Streitigkeiten, welche auf den bezeichneten Gebieten sich bewegen, ist man einig. Wie weit die Administrativrechtsprechung in solchen Streitigkeiten zuzulassen ist, muß hier dahingestellt bleiben. Die bestehende Praxis schließt die Administrativjustiz in Fällen der Ziffer 2 aus, wornach eine Befugniß zur Ausübung dieser Rechte überhaupt nur so weit geht, als sie von der Verwaltung gestattet ist, mit anderen Worten: diese Rechte tragen in sich selbst die Beschränkung, daß sie nur innerhalb der polizeilichen oder forstpolizeilichen Grenzen und Verfügungen ausgeübt werden können. Doch erscheint die

---

von Mühlen bedarf nach Art. 13 der Gewerbeordnung keine gewerbliche Konzession mehr, ist vielmehr auf das Wasserregal zurückzuführen und nach den hieraus sich ergebenden Grundsätzen zu beurtheilen. Dieselben Grundsätze finden sich in der deutschen Gewerbeordnung §. 19—21, §. 54 und §. 16, §. 24, §. 29—31.

[53] Für die an anderem Orte zu erörternde Grenze von Verwaltungsrechtspflege und Verwaltung ist zu untersuchen: 1) ob in dem Grundeigenthum an sich das Recht zu bauen enthalten und dasselbe nur durch baupolizeiliche Vorschriften beschränkt ist oder ob das Recht zu bauen durch die polizeiliche Erlaubniß erst erworben wird. Nach der bisherigen Praxis, welche den Administrativrechtsweg unbedenklich zuläßt, ist das erste anzunehmen. Ebenso hat im Art. 1 der neuen Bauordnung nach den Beschlüssen der Kammer der Abg. dieses Recht die ausdrückliche gesetzliche Bestätigung erhalten. 2) Ob die Nachbarn und Dritte, in deren Interesse die polizeilichen Maßnahmen liegen, ein (subjektives) Recht auf die Handhabung der Bauvorschriften haben, worüber die bisherige Praxis schwankend ist. (Vergl. dieses Archiv XIV, S. 258 u. f. Verh. der Kammer der Abg. 1872, I. Prot.-Bd. S. 1026 u. f).

polizeiliche Einwirkung, wenn Rechte auf fremdem Eigenthum in Frage stehen, nur als das Urtheil bestimmter Sachverständigen darüber, was zu der civilrechtlichen Vorschrift des Gebrauches, servitute civiliter utendum est, erforderlich ist, mit der besonderen Eigenthümlichkeit, daß der Civilrichter hieran gebunden ist. Die Entscheidung der Frage daher, ob der Gebrauch jener Beschränkung unterliegt, (sog. Kulturbeschränkungsbefugniß) ist unzweifelhaft, sofern es sich um ein an sich zu seiner Jurisdiktion geeignetes Recht handelt, Sache des Civilrichters. (Vergl. unten §. 7).

§. 3. II. Die öffentlichen Vermögensrechte.

Die zweite Ausnahme bilden die Vermögensrechte, welche die partielle Verwirklichung der durch das öffentliche Recht geregelten Beziehungen der Einzelnen zu dem Staate, den Korporationen (Gemeinden, Bezirks-, Kreis-, Schul- und Kirchenverbände) und dieser zu einander sind. [54]

Wie den Einzelnen, so stehen auch dem Staate und den vom Staate anerkannten Korporationen vermöge der allgemeinen Rechtsfähigkeit Vermögensrechte zu, welche durchaus privatrechtlicher Natur sind. Der Staat ist als

---

[54] In gewissem Sinne ist die gewöhnliche Bezeichnung dieser Rechte als Vermögensrechte, welche in den öffentlich-rechtlichen Beziehungen ihren Grund haben, richtig. Wenn man unter den „öffentlich-rechtlichen Beziehungen" die Gesammtheit des Genossenschaftsverhältnisses, eine dessen Ausflüsse zusammenfassende Thatsache versteht, so haben diese Rechte hier ihren Grund. Allein sie verhalten sich hiezu nicht wie Ursache und Wirkung, sondern sie sind diese Beziehungen selbst. Es besteht nicht ein solches öffentliches Vermögensrecht, welches nun seinen Grund entweder in dem öffentlichen Rechte oder in einem „Privatrechtstitel" haben könnte, sondern es ist die öffentlich-rechtliche (genossenschaftliche) Beziehung selbst, wie das Wahlrecht, das Bürgerrecht 2c. und hört auf, dieses bestimmte Recht zu sein, wenn es nicht mehr eine Realisirung des Genossenschaftsverbandes ist. (Vergl. §. 4).

Träger derselben der Fiskus, (die Staatsfinanzverwaltung) die Korporation juristische Person. Der Schutz dieser privatrechtlichen Seite ihrer Rechtsfähigkeit ist Gegenstand der Rechtsprechung der Civilgerichte. Andererseits erzeugt das öffentliche Recht vermögensrechtliche Ansprüche und Verbindlichkeiten, deren Entstehung und Inhalt in der Beziehung des Einzelnen zum Staat oder einer Korporation oder dieser unter sich ihre Norm findet, und ohne diese Beziehung nicht gedacht werden kann.[55] Dieselben haben von dem Privatrechte die vermögensrechtliche Seite; es steht in dem Streit hierüber stets ein vermögensrechtliches Interesse und ein Vermögenssubjekt dem anderen gegenüber und eine vermeintliche Rechtsverletzung auf diesem Gebiet wird nicht weniger lebhaft empfunden, als der Eingriff des Einzelnen in andere Vermögensrechte. Das öffentliche Vermögensrecht hat mit jedem anderen Privatrecht, welches einen Geldwerth hat, das gemein, daß es unmittelbar auf den Vermögenserwerb gerichtet ist. Allein seine Entstehung, seine Wirkung und seine Erlöschung ist aus dem öffentlichen Rechte, nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes zu beurtheilen. Auf der anderen Seite liegt in jener privatrechtlichen Seite der hieher gehörigen Rechte die Möglichkeit, zum Gegenstand privatrechtlicher Verfügungen zu werden, in welchem Falle nicht sie, aber die an ihre Stelle getretenen privatrechtlichen Ansprüche Gegenstand der Civilrechtsprechung werden, wie dieß auch bezüglich der Expropriationen der Fall ist, sobald der Streit auf das Gebiet der Entschädigung übertritt. Hieraus erklärt sich die Schwierigkeit, in diesen Streitigkeiten die Kompetenzgrenze zu ziehen, welche jedoch

[55] Hierin liegt ein entscheidendes Merkmal, welches niemals seinen Dienst versagt. Ein Vermögensrecht, welches auch als die rechtlich geschützte Beziehung der Einzelnen zum Einzelnen gedacht werden kann, ist kein öffentliches Recht und wird es dadurch nicht, daß auf der einen oder anderen Seite oder auf beiden Seiten der Staat oder eine öffentliche Korporation steht.

verschwindet, sobald man sich diese zwei Seiten der in Frage stehenden Rechte klar gemacht hat.

Im Einzelnen sind unter diese Klasse folgende Rechtsverhältnisse zu stellen:

1) Oeffentliche Sachen und Einrichtungen, deren Benützung den Einzelnen ohne besondere Verleihung allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen offen steht, sind die öffentlichen Straßen, (Verkehrswege) die Posten, die Eisenbahnen und Telegraphen, die Aufbewahrungsorte für Hinterlegung von Sachen unter öffentlicher Kontrole (Zoll-, Lagerhäuser, öffentliche Depositenkassen), die kirchlichen Einrichtungen der im Staate anerkannten Kirchengesellschaften, Kirchen, Kapellen u. s. f., die Kirchhöfe, die öffentlichen Bildungsanstalten (Volksschulen, höhere Unterrichtsanstalten, Sammlungen, Bibliotheken), die Stiftungen [56] und vom Staate gegründete Versicherungsanstalten. Hierher gehören auch der sog. Leinpfad und die allgemeinen Nutzungsrechte an den Flüssen: Baden, Waschen, Viehtränken, Wasserschöpfen. [57] Soferne die Theilnahme an

---

[56] Hier sind nur die öffentlichen Stiftungen für allgemeine Zwecke gemeint. Der Umstand, daß auch andere Stiftungen zu ihrer rechtlichen Existenz der Staatsgenehmigung bedürfen und unter öffentlicher Kontrole verwaltet werden, macht sie nicht zu öffentlichen Stiftungen. Alle Ansprüche bezüglich der Verwaltung und des Genusses der letzteren auf Grund der Stiftungsurkunde und der Familienabstammung von einer bestimmten Person (Familienstiftungen) sind unzweifelhafte Privatrechte ohne jede innere Beziehung auf das öffentliche Recht und die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Entscheidung über solche Fälle hätte niemals bestritten werden sollen. Vergl. Sarwey, Monatschrift, Bd. III, S. 177, 320, insbesondere Bd. IV, 193 u. 210. Dieses Archiv, Bd. XII, S. 305. Seuffert, Archiv I, S. 376, IV, S. 413, X, S. 294, XX, S. 288. Weiter gehen die in Seuffert, Archiv Bd. I, S. 114 veröffentlichten Sätze des O.A.G. Mannheim conf. eod. II, S. 266.

[57] Es ist eine Frage des materiellen Rechtes, in wie weit die zum Schutze des allgemeinen Gebrauches von öffentlichen Wegen, Plätzen und Gewässern dienenden römisch-rechtlichen Popularklagen

diesen öffentlichen Sachen und Einrichtungen für den Einzelnen einen Geldwerth nicht hat, ist ein Streit hierüber unzweifelhaft nicht vor dem Civilrichter zu erledigen. Niemals wird Jemand versucht haben, wenn ihm der Besuch einer öffentlichen Gemälde-Gallerie oder eines Gottesdienstes, oder das Baden in einem öffentlichen Fluße verweigert wurde, deßhalb bei dem Civilrichter zu klagen. Sofern aber diese Theilnahme einen Geldwerth hat, liegt in der Verweigerung oder dem Verlangen ihrer Benützung ein Eingriff in die vermögensrechtliche Persönlichkeit. Gleichwohl ist ein Streit über die Befugniß oder die Pflicht des Einzelnen zur Theilnahme an der Benützung dieser Sachen und Anstalten nicht Sache des Civilrichters. Die Frage, ob A. befugt ist, auf einer öffentlichen Straße zu fahren,[58] aus einem öffentlichen Stiftungsvermögen Beiträge zu beanspruchen, eine Eisenbahn, eine Postverbindung, einen Telegraphen zu benützen,[59] ob er befugt oder verpflichtet ist, seine Kinder in eine Schule zu schicken, eine Waare in der Zollstätte zu deponiren, eine

---

(interdictum ne quid in loco publico fiat u. s. f.) noch Geltung haben. Soweit dieß der Fall ist, (vgl. dieses Archiv, Bd. II, S. 300) gehören dieselben vor den Civilrichter als Klagen aus einem Quasidelikt. (Vergl. **Sintenis**, Civilrecht, I, §. 40, S. 417, 418; **Seuffert**, Archiv V, S. 32, 155, IX, S. 215, VIII, 365, XVII, S. 147, 388, XIX, S. 365; dieses Archiv, Bd. XII, 301).

[58] Oder ob der Weg ein öffentlicher ist, (vgl. Note 101; **Seuffert**, Archiv III, S. 174, Bd. IV, S. 145, Bd. XVII, S. 447.) Die Zuständigkeit des Civilrichters wurde bei einem Feldwege angenommen. **Seuffert**, Archiv, Bd. VII, S. 9; ebenso bei einem Vicinalwege, Bd. V, S. 3, XVII, S. 7. (Vergl. Note 44 und 57).

[59] Vermöge der öffentlich-rechtlichen Bestimmung dieser Einrichtungen besteht ein Recht des Einzelnen auf deren Benützung auch vor seiner Realisirung durch den Vertrag; der Einzelne kann verlangen, sofern die Anstalt hiezu nach den öffentlichen Normen verpflichtet ist, daß zum Zweck seiner Beförderung der entsprechende Vertrag mit ihm abgeschlossen wird. Um dieses Recht allein, nicht um das durch den Vertrag begründete Recht (vgl. §. 4) handelt es sich hier.

Sache in der staatlichen Versicherungsanstalt zu versichern [60] ist unzweifelhaft niemals geeignet, der Entscheidung des Civilrichters unterstellt zu werden.

2) Ein besonderes Rechtsverhältniß besteht bezgl. derjenigen sogenannten öffentlichen Sachen, welche den Gegenstand der nutzbaren Regalien bilden. Es sind dieß nach württembergischem Recht, abgesehen von den besonderen Verhältnissen der Post und der Eisenbahn nur die öffentlichen Gewässer und die im Lande gewonnenen Erze, deren Schmelzung zur Zeit eine ausschließliche Befugniß des Staates ist. Eine Erörterung der Lehre von den Regalien liegt außerhalb unserer Aufgabe. [61] Streitigkeiten über die Rechte an den bezeichneten Gegenständen, insbesondere über deren Ausübung durch Einzelne gehören nicht vor die Civilgerichte. [62]

3) Unmittelbar hieran reihen sich noch gewerbliche Befugnisse der Einzelnen, welche aus Gründen des öffentlichen Rechtes nur durch Verleihung der Staatsgewalt erworben werden können. Solche Rechte kennt das neuere Recht nur wenige. Außer den oben (Note 52) bezeichneten Fällen, in welchen der Betrieb eines Gewerbes die staatliche Genehmigung voraussetzt, gehört hieher nur die durch Patentertheilnng erworbene Berechtigung zur ausschließlichen Ausnutzung einer Erfindung. [63] Ein Streit hierüber, obwohl er die Behauptung des besonderen Rechtsver-

[60] Ges. vom 14. März 1853, Art. 45.

[61] Ein Jagd- und Salz-Regal besteht jedenfalls in Württemberg nicht mehr. Ueber das erstere vergl. das Jagdgesetz vom 17. August 1849, Art. 1. Das letztere ist durch Art. 1 des Gesetzes vom 26. Nov. 1867, betr. die Erhebung einer Abgabe vom Salz, aufgehoben.

[62] Dieses Archiv, Bd. I, S. 250, 254, 272. Seuffert, Archiv, Bd. IV, S. 410, XI, S. 282.

[63] Gesetz vom 29. Juni 1842, betr. die Erfindungs- und Einführungs-Patente.

werbes selbstverständlich voraussetzt, ist nicht Gegenstand der Civilrechtsprechung.[64]

4) Daß die Ansprüche der Einzelnen an das Gemeindevermögen auf Grund

a) der Eigenschaft eines Gemeindebürgerrechtes oder

b) der Pflicht der Gemeinde zur Armenversorgung[65] nicht Gegenstand der Civilrechtsprechung sind, ist allgemein anerkannt. Auf mehrere, übrigens nur scheinbare Ausnahmen, namentlich die sogenannten Realgemeinderechte, ist unten zurückzukommen.

5) Bezüglich der vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem öffentlichen Dienste sind die Forderungen des öffentlichen Dieners und die Forderungen an denselben zu unterscheiden.

Man kann für die Verneinung der Zuständigkeit des Civilrichters bezüglich der ersten anführen, daß ihr Grund das öffentlich-rechtliche Verhältniß des Amtes ist und daß daher im Falle eines Streites hierüber das öffentliche Recht maßgebend sei. Dieß ist in Württemberg feststehende Praxis.[66] Andererseits ist nicht zu bestreiten, daß diese

---

[64] Doch würde grundsätzlich Nichts hindern, abweichend von den Bestimmungen des ebenerwähnten Gesetzes, die Klage wegen Verletzung des Patentes durch Einzelne an den Civilrichter zu weisen, wie dieß z. B. in Preußen nach der K. Verordnung vom 27. Sept. 1815 der Fall ist. Früher gehörte hieher auch der Schutz gegen Nachdruck, sofern derselbe auf den besonders ertheilten Privilegien beruhe. Nachdem aber der Schutz des geistigen Eigenthums durch die neuere Gesetzgebung zur allgemeinen Anerkennung gelangt ist, war der Ausschluß des Civilrechtsweges bei Streitigkeiten hierüber eine nur geschichtlich erklärbare Anomalie, welche durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, §. 26 u. f. beseitigt ist.

[65] Ueber die hieraus entstehenden Ansprüche der Gemeinde auf Wiederersatz der aufgewendeten Kosten s. §. 4, Note 88.

[66] Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 65. Die Frage, ob diese Praxis gesetzlichen Boden hat, kann hier dahingestellt bleiben, da der Gegenstand aus Anlaß des in Aussicht stehenden Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege jedenfalls gesetzlich geordnet werden muß.

Ansprüche nicht unmittelbar aus dem öffentlichen Rechte folgen, daß vielmehr der öffentliche Diener nur durch den zwischen ihm und der Gesammtheit abgeschlossenen Anstellungsvertrag [67] einen Anspruch auf die gesetzliche Gegenleistung der letzteren erwirbt, und daß hierüber der Inhalt dieses Vertrages entscheidet, wenn derselbe auch bei den meisten Staatsstellen in den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen seinen Inhalt findet. Aus diesem Grunde steht Nichts im Wege, einen Streit über diese Ansprüche an den Civilrichter zu verweisen. Aus dem Grunde dieser Verweisung ergibt sich jedoch [68] von selbst eine doppelte Beschränkung der civilrichterlichen Kompetenz, sofern

a) nur die aus dem Dienstvertrage oder den durch denselben acceptirten gesetzlichen Vorschriften sich ergebenden vermögensrechtlichen Ansprüche an die öffentliche Kasse, als dem Kontrahenten, also Ansprüche auf Besoldung, Wohnungsgenuß, Pensionsbezüge, Quieszenzgehalte, Reiseentschädigungen vor den Civilrichter verwiesen werden können. Inkonsequent wäre es jedoch, beispielsweise auch einen Streit über den Gebührenbezug eines öffentlichen Dieners gegenüber einer Partei und über seine Theilnahme an solchen Gebühren, wie sie die Gemeinderäthe und Rathschreiber, Notare, Felduntergänger u. s. f. zu beziehen haben, einen Streit über Entschädigung der Schöffen und Geschworenen, der Zeugen und Sachverständigen an den Civilrichter zu verweisen, wenn und soweit diese Ansprüche auf keiner vertragsmäßigen Zusage beruhen.

b) Der Civilrichter kann nur den Vermögensstreit entscheiden, und er hat hiebei eine denselben bedingende Verfügung der Verwaltungsbehörde insoweit, als sie auf

---

[67] Ein Vertrag liegt stets vor, auch wenn er nur stillschweigend durch Bewerbung und Ernennung oder Ernennung und Annahme derselben abgeschlossen ist. Dieß ändert an der besonderen Bedeutung des Anstellungsdekretes Nichts. (Vgl. Zöpfl, Staatsrecht II, S. 780; v. Rönne, a. a. O., §. 291).

[68] Seuffert, Archiv, Bd. VII, S. 222, Bd. XVII, S. 250.

der Straf- oder der Disziplinar-Strafgewalt beruht, unbedingt als maßgebend anzuerkennen. [69]

Ueber die aus dem Dienste entstehenden vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten der öffentlichen Diener ist Folgendes zu bemerken: [70]

a) Der öffentliche Diener ist der Gesammtheit, nicht aber dem Einzelnen zur bestimmten Thätigkeit verpflichtet, wenn auch diese Verpflichtung sehr häufig zu ihrem Inhalt die Thätigkeit in Folge des Anrufens des Einzelnen hat. Das Mittel, den öffentlichen Diener zur Pflichter-

---

[69] Unter öffentlichem Diener ist jeder durch Ernennung oder besonderen Vertrag von dem Staat oder einer öffentlichen Korporation angestellte höhere oder niedere Diener verstanden. Auch der Genuß der Pfründe bei den Kirchendienern gehört hieher, wiewohl dieses Verhältniß seine Eigenthümlichkeit hat. Seuffert, Archiv IX, S. 283. Die Temporaliensperre wird als Disziplinarmaßregel hiedurch selbstverständlich nicht berührt.

[70] Ueber die Haftpflicht des Staates für den durch pflichtwidrige Beamte zugefügten Schaden entscheiden in Württemberg die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die bekanntlich bestritten sind. Man wird das geltende Recht kurz dahin feststellen können, daß es keine staatsrechtliche, sondern nur eine privatrechtliche Haftpflicht des Staates (und der öffentlichen Korporationen) für die Handlungen der Beamten gibt, daß der Staat (wie auch die Gemeinde) nur innerhalb der Grenzen des Geschäftsherren für den durch die Beamten verursachten Schaden haftet, wornach von einer Haftpflicht nicht die Rede sein kann, wenn der Beamte nicht als institor, sondern in Ausübung der öffentl. Gewalt (der richterlichen oder polizeilichen) Gewalt gehandelt hat. (Vergl. v. Rönne, a. a. O., §. 304, II, 1, S. 423.) „Der Staat als solcher kann durch Handlungen oder Unterlassungen seiner mit Ausübung der Regierungsgewalt beauftragten Beamten niemals verbindlich gemacht werden.“ In dieser Beschränkung der Entschädigungsansprüche an den Staat kann überhaupt nur der Civilrichter zuständig sein. Eine weitergehende Haftpflicht nimmt Zachariä, 40 Bücher vom Staate I, S. 99 an; ebenso Zöpfl, D. Staatsrecht II, §. 520, welcher nur die Haftpflicht für den durch Justizbeamte zugefügten Schaden ausschließt. Vergl. Seuffert, Archiv I, S. 172, II, S. 61, III, S. 275, IV, S. 325, V, 219, 377, 390 u. f., Bd. VII, S. 383.

füllung anzuhalten, ist eben daher nicht die Klage des Einzelnen, sondern die Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde, in zweiter Linie das Straf- und Disziplinar-Strafrecht der Gerichte und der vorgesetzten Dienstbehörde. Eine Verpflichtung des öffentlichen Dieners dem Einzelnen gegenüber tritt nur ein, wenn diesem durch eine Verletzung seiner Dienstpflichten ein Nachtheil zugegangen ist. Wenn und so lange nun dieser Nachtheil durch eine Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde seine Reparatur finden kann, liegt es in der Natur der Sache, daß dieser Weg betreten wird.[71] Wenn aber nach der thatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse auf diesem Wege ein Ersatz nicht mehr zu erreichen ist, so fordert das Rechtsprinzip, daß auf anderem Wege das verletzte Recht wieder hergestellt werde. Das Eine Mittel hiezu ist die gerichtliche oder Disziplinarstrafe. Hierin liegt nun zwar die Wiederherstellung des objektiven, nicht aber des subjektiven Rechtes. Diese ist nur möglich, wenn und soweit der Nachtheil durch Schadenersatz ausgeglichen werden kann. Ein Anspruch gegen einen öffentlichen Diener muß hiernach stets die Geltendmachung eines in Geld auszudrückenden Schadenersatzes[72] zu ihrem Gegenstande haben und eignet sich ebendeßhalb ebenso vor den Civilrichter, wie die Entschädigungsansprüche wegen Expropriation. Dieß ist unbedingt nicht nur bei der Syndikatsklage, insbesondere bei der Regreßklage an die Unterpfandsbehörden, sondern auch bei anderen Entschädigungsklagen gegen öffentliche Diener anerkannt. Doch ist hiebei die civilrichterliche Zu-

---

[71] Bezüglich der Syndikatsklage gegen Richter vergl. übrigens **Sintenis**, Civilrecht II, S. 779; **Seuffert**, Archiv XIV, S. 226, 232.

[72] Im Falle der Entschädigungsforderung tritt auch der Staat oder die Gemeinde und Korporation gegenüber den Beamten wiederum durchaus in das Verhältniß des Einzelnen als Vermögenssubjekt; Streitigkeiten hierüber gehören also wiederum vor den Civilrichter. (S. lit. b).

ständigkeit in Einer Richtung zu beschränken. Zur rechtlichen Begründung einer solchen Klage gehört die objektive Rechtsverletzung, die Ueberschreitung, der Mißbrauch der Amtsgewalt oder die Unterlassung einer pflichtmäßigen Thätigkeit und die subjektive, der Beweis der Schuld (culpa oder dolus.) Wenn nun der Civilrichter unabhängig auch über das erste dieser Klag-Fundamente gegenüber einem öffentlichen Diener entscheiden würde, welcher innerhalb seiner amtlichen Pflichten gehandelt zu haben behauptet, so würde der Beamte auf eine mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes unvereinbare Weise in die mißliche Lage gesetzt, nicht nach seinem eigenen pflichtmäßigen Ermessen oder nach der Weisung seiner vorgesetzten Dienstbehörde, sondern nach den Weisungen des Civilrichters sein Amt versehen zu müssen. Dieß würde in denjenigen Fällen, in welchen der Beamte zu Vertretung des öffentlichen Interesses berufen ist, mit dem überall sonst über die Zuständigkeitsgrenze entscheidenden Grundsatze im Widerspruche stehen. Man wird daher die Zuständigkeit des Civilgerichtes dahin zu beschränken haben, daß, wenn es sich um die Beurtheilung einer in den Geschäftskreis der Verwaltung gehörigen amtlichen Thätigkeit handelt, ihm ein Urtheil über die objektive Dienstverletzung nicht zusteht, und daß der vorgängige Ausspruch der vorgesetzten Verwaltungsbehörde, welche die gerichtliche Verfolgung des Schadenersatzanspruches an den Beamten für zulässig erklärt, die Bedingung derselben ist. [73]

---

[73] Uebereinstimmend hiemit ist diese Frage in Baden (durch das Gesetz vom 5. Febr. 1851, §. 9 und 10) geordnet. Auch ohne eine gesetzliche Bestimmung hat das badische Oberhofgericht schon früher diesen Grundsatz befolgt. Seuffert, Archiv, Bd. X, Nr. 51 Nicht verlangt hat diese vorgängige Verfügung in einem Falle der lex acquilia, die Juristen-Fakultät in Jena. Seuffert, Archiv XIV, S. 198, 255, ebenso das O.A.G. in Darmstadt, eod. XX S. 66. Für Preußen vgl. v. Rönne a. a. O., I, S. 412—423. Das Obertribunal hat sich für Württemberg in demselben

b) Insoweit als der öffentliche Diener Vermögensverwalter und Rechner ist und die Zufügung eines Vermögensnachtheils durch seine Geschäftsführung in Frage kommt, steht er zu dem Auftraggeber, dem Staate, der Gemeinde oder sonstigen öffentlichen Korporationen in einem durchaus privatrechtlichen Verhältniß und es ist daher ganz folgerichtig, Streitigkeiten hinsichtlich der von den Rechnern und Kassenbeamten geführten Verwaltung an die Civilgerichte zu verweisen.[74] Wenn der Ministerialerlaß vom 3. Jan. 1823, welcher noch geltendes Recht ist, Betretung des Rechtsweges gegen eine von der Rechnungsbehörde erhobene Ersatzforderung nur in denjenigen Fällen zuläßt, in welchen die Entscheidung „wenigstens theilweise nach

---

Sinne ausgesprochen, (Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 87) wobei allerdings nicht ganz klar ist, wie die von demselben gemachte Unterscheidung, ob „eine unzweifelhaft ungesetzliche oder unerlaubte Handlung" in Frage stehe, mit dem Grundsatze selbst vereinbar sein soll. Wenn eine Handlung überhaupt keine Amtshandlung sein kann, (z. B. eine Injurie, eine Unterschlagung, Körperverletzung, außer dem Falle des Fluchtversuches,) so wird der Beamte nicht behaupten, er sei durch sein Amt hiezu befugt oder verpflichtet gewesen. Alsdann kann allerdings der zufällige Umstand, daß sie von einem Beamten während einer Dienstverrichtung begangen ist, den Anspruch nicht zu einem besonders qualifizirten der oben bezeichneten Art machen. Sie wird es aber unbedingt durch die Schutzbehauptung des Dieners, daß er sich zu Begehung der Handlung amtlich berechtigt oder verpflichtet gehalten habe. In diesem Falle kann auch bei der klarsten Sachlage die Forderung der vorgängigen Entscheidung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde über das Dasein der Pflichtwidrigkeit nicht in Wegfall kommen, wenn man anders Anspruch auf Folgerichtigkeit macht. Diese Entscheidung ist nicht Beweismittel, sondern ein Theil des Klag-Fundaments. Eine Ausnahme ist nach der Natur der Sache nur bei den den Civilgerichten selbst untergeordneten Gerichtsbeamten in den ihnen zugewiesenen Verwaltungssachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu machen. Seuffert, Archiv, Bd. V, S 388. Allerdings wäre eine gesetzliche Regelung dieser Frage wünschenswerth.

[74] Seuffert, Archiv III, S. 282. (Haftung der Kassenbeamten für Diebstähle).

Grundsätzen des Privatrechtes" erfolgen muß, bei Fällen „der Anwendung des öffentlichen Rechtes" dagegen nur den Administrativ-Rekurs für statthaft erklärt, so ist dieß prinziplos und unklar, wie z. B. auch die preußische Verordnung vom 24. Jan. 1844 die Betretung des Rechtsweges bei diesen Streitigkeiten ganz allgemein zuläßt.[75]

6) Die zahlreichste Klasse von vermögensrechtlichen Ansprüchen, welche nur unter der Voraussetzung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen den Berechtigten und Verpflichteten denkbar sind, bilden die öffentlichen Abgaben, diejenigen Leistungen, welche an den Staat oder eine öffentliche Korporation zu dem Zwecke von den Einzelnen zu machen sind, um die Mittel für die Erfüllung der vermöge des öffentlichen Rechtes denselben obliegenden Aufgaben zu gewähren. Da das Vermögen des Staates und der Korporationen ganz denselben Zwecken dient, so ist klar, daß es nicht der Zweck ist, welcher den Unterschied zwischen diesen und den sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüchen der genannten juristischen Personen begründet. Mit Recht hat hierauf Bähr[76] hingewiesen: „die ganze Unterscheidung zwischen Staatsgewalt und Fiskus kann nur darauf zurückgeführt werden, daß man damit die verschiedenen Rechtsqualitäten einer und derselben juristischen Persönlichkeit, des Staates bezeichnet." Aber der Unterschied bleibt doch, daß der Staat als Fiskus nur Vermögensrechte haben und erwerben kann, wie jeder Einzelne, wogegen er als öffentliche Gewalt in dem Besteuerungsrecht Vermögensrechte hat, welche der Einzelne nicht hat und nicht haben kann, weil sie ihren Grund in der besonderen Beziehung der öffentlichen Gewalt zu den Einzelnen finden. Ganz ebenso verhält es sich bei den öffentlichen Korporationen. Wohl wird auch anderen Genossenschaften im gewöhnlichen Leben ein „Besteuerungs-

---

[75] v. Rönne a. a. O., S. 412.

[76] A. a. O., S. 55.

recht" gegenüber den Einzelnen zugeschrieben.[77] Allein der Unterschied ist der, daß dieses Besteuerungsrecht auf der freien Dispositionsbefugniß des Einzelnen beruht, vermöge welcher es ihm anheimgegeben war, ob er sich demselben unterwerfen wollte oder nicht. Jede Genossenschaft, welcher anzugehören oder für deren Zwecke beizutragen, die Staatsgesetze den Einzelnen unter gewissen Voraussetzungen verpflichten, übt das Besteuerungsrecht vermöge einer öffentlichen Gewalt, vermöge einer von der Gesammtheit ihr verliehenen, von dem Willen des Einzelnen unabhängigen Befugniß aus. Soweit also die Gesetzgebung (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) den Einzelnen oder einzelne Vermögenstheile in dieses Subjektionsverhältniß stellt, insoweit sind die ihm vermöge desselben obliegenden Leistungen öffentlich rechtliche Abgaben und Streitigkeiten hierüber nach dem allgemeinen Grundsatze nicht Sache der Civilrechtsprechung.[78] Welche Leistungen hiernach zu den

[77] Das öffentliche Recht ist auf diesem Gebiete zur Zeit im Fluß. So ist das System bezüglich der 3 Kirchen, welche bisher als öffentliche Korporationen von den deutschen Staaten anerkannt waren, mit dem Grundsatz der vollen Unabhängigkeit der staatsbürgerlichen Rechte von dem Bekenntniß in seiner ersten Grundlage aufgegeben. Die Eigenschaft dieser 3 Kirchen als öffentlicher Korporationen ist hiemit in Frage gestellt und müßte mit der Trennung von Staat und Kirche verneint werden. Es rechtfertigt sich nur aus dem bisherigen Verhältniß von Staat und Kirche, wenn die Ansprüche aus diesem Genossenschaftsverhältnisse wie die Ansprüche aus dem jüdischen Kirchenverband als öffentlich-rechtliche der Civilrechtsprechung entzogen sind.

[78] Die Verordnung vom 13. Juni 1823 läßt an Deutlichkeit über den Ausschluß des Civilrechtsweges Nichts zu wünschen übrig. „Die Vollziehung allgemeiner Gesetze über Staatsabgaben, somit das Erkenntniß über Statthaftigkeit der zu diesem Zwecke anzuordnenden Hilfsvollstreckung" steht vorbehältlich „des Rekurses im Verwaltungswege" in der gesetzlichen Instanzenfolge der Verwaltungsbehörde zu (§. 1 u. 2); den Gerichten steht die Befugniß nicht zu, über die Richtigkeit der Anwendung des Verwaltungsgesetzes eine weitere

öffentlichen Abgaben gehören, ist nach dem Rechte des einzelnen Staates zu beurtheilen. In Württemberg sind hierher nicht nur die Staats-, Gemeinde-, Kirchensteuern, die Accise, die Sporteln, sondern auch die obligatorischen Beiträge zu Krankenkassen, welche auf Grund von Gemeindebeschlüssen erhoben werden und die Beiträge zur Versicherung der Gebäude gegen Brandschaden [79] zu zählen. Ebenso gehören hieher die Gegenleistungen der Einzelnen für Benützung der unter Ziff. 1 bezeichneten öffentlichen Sachen und Einrichtungen, Weg- und Brückengelder, Pflastergelder, Wasserzinse, Beiträge zu Unterhaltung der öffentlichen Dohlen, Bürgeraufnahmegebühren, Markt-, Schrannengelder, Beiträge zu den Feuerlösch-Geräthschaften, endlich die Schulgelder für die von dem Staate oder der Gemeinde gegründeten und unterhaltenen Unterrichts-Anstalten. [80]

7) Wenn von öffentlichen Abgaben gesprochen wird, so denkt man zunächst an das Verhältniß, in welchem der Einzelne zu dem Staat und „den anderen publicistischen Genossenschaften" steht und an das hieraus hervorgehende Subjektionsverhältniß, die persönliche Obligirung des Einzelnen. Es ist jedoch dem Staat, der Gemeinde und dem Kreis eigenthümlich, daß sie nicht nur die Personen, sondern auch den Grundbesitz in ein genossenschaftliches Verhältniß setzen, geschichtlich sogar vielfach aus dem genossenschaftlichen Verband des Grundeigenthums erst erwachsen sind. Das „Territorium" und die „Markung" sind publicistische Begriffe, an welche sich wesentliche vermögensrechtliche Folgen knüpfen. Die wichtigste Folge

---

entscheidende Prüfung vorzunehmen (§. 3); die Berufung eines Steuerpflichtigen auf den Rechtsweg gegen die Vollziehung eines allgemeinen Steuergesetzes ist ausgeschlossen (§. 4).

[79] Art. 45 und 46 des Gesetzes vom 14. März 1853, betr. die allgemeine Brandversicherungsanstalt.

[80] Vergl. Art. 14, Abs. 2 des Exekut.-Ges. vom 15. April 1825: „Oeffentliche Schuldigkeiten jeder Art."

hievon ist die Last der Grundsteuer, welche alle in diesem genossenschaftlichen Verband stehenden Grundstücke ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse ihres Besitzers ergreifen. Es ergibt sich hieraus, daß die Frage, ob einem der bezeichneten genossenschaftlichen Verbände ein Grundstück angehört, an und für sich eine vermögensrechtliche Seite hat. Soweit nun ein Streit hierüber bezüglich der Ausdehnung des staatlichen Territoriums entsteht, liegt er außerhalb der Grenzen jeder Rechtsprechung. Diese Frage ist eine internationale. Doch ist eine Rechtsprechung bezüglich der Territorien der zum deutschen Reich gehörigen Staaten denkbar. Der Art. 76 der Reichsverfassung [81] enthält eine Bestimmung, welche wohl auf einen Streit über die Territorialgrenze und die aus der Territorialhoheit folgenden vermögensrechtlichen Ansprüche Anwendung finden kann, indem er vorschreibt, daß Streitigkeiten zwischen verschiedenen Bundesstaaten, sofern dieselben nicht privatrechtlicher Natur und daher von den kompetenten Gerichtsbehörden zu entscheiden sind, auf Anrufen des einen Theils von dem Bundesrath erledigt werden. Es ist hiemit ein Streit über die Territorialgrenzen, auch wenn er sich in der Form einer Steuerforderung, mithin eines vermögensrechtlichen Anspruchs darstellt, dem Civilgerichte entzogen, was durchaus mit der Grundlage im Einklang steht, von welcher unsere Darstellung ausgeht.

Der dingliche, dem persönlichen Gemeindeverband

[81] Diese Bestimmung ist insofern für unsere Untersuchung auch von allgemeiner Bedeutung, als hiedurch für alle zum deutschen Reich gehörigen Bundesstaaten der Grundsatz anerkannt ist, daß nur Streitigkeiten privatrechtlicher Natur an die ordentlichen Civilgerichte gehören. Wenn der Artikel auch keine formell bindende Vorschrift für andere Streitigkeiten als die in Art. 76 speziell bezeichneten gibt, so beruht er doch materiell auf der Voraussetzung, daß jener Grundsatz allgemein geltendes Recht sei. Allerdings ist die Frage: welche Streitigkeiten privatrechtlicher Natur sind, nach der Gesetzgebung und der Gerichtspraxis der einzelnen Staaten verschieden zu beantworten.

analoge Genossenschaftsverband der Liegenschaften, das Markungsrecht sodann äußert seine vermögensrechtliche Wirkung wie der Territorialverband vorzüglich in seinem Einfluß auf die Grundsteuerpflicht. Er hat in Württemberg eine besondere Bedeutung durch den Grundsatz, daß die verwilligten Steuern auf die Amtskörperschaften ausgeschrieben und von diesen auf die einzelnen Gemeinden und auf die in keinem Gemeindeverband stehenden Güterbesitzer (seit 1849 die Besitzer von Gütern mit eigenem Markungsrecht) vertheilt werden. Außerdem ist dieser Verband jedoch die Quelle von weiteren vermögensrechtlichen Ansprüchen und Pflichten, welche zum Theil nothwendig, zum Theil wenigstens sehr häufig aus dem Markungsverbande folgen. Es gehört dahin die Pflicht der Unterhaltung der Vicinalstraßen, soweit sie auf der Markung liegen, gewisse Leistungen für die Staatsstraßen innerhalb der Markungsgrenzen, die Unterhaltung der Gemeinde- (Güter)-Wege, das Weide- und Pferchrecht, welches auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt ist. Daß alle Streitigkeiten über das Markungsrecht, über die Ausdehnung des Markungsverbandes auf einzelne Grundstücke und die bezeichneten hierauf gestützten vermögensrechtlichen Ansprüche, Lasten und Pflichten nicht vor den Civilrichter gehören, ist allgemein anerkannt und findet auch in dem Gesetz vom 18. Mai 1849 über die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbandes auf sämmtliche Theile des Staatsgebietes insofern eine gesetzliche Bestätigung, als in Art. 14 für einen besonderen, unten zu erörternden Fall die ausnahmsweise Zuständigkeit des Civilrichters ausgesprochen ist. [82]

---

[82] Ueber das Markungsrecht ist der Aufsatz in Band II. dieses Archivs, S. 119—161, 170—203, über die Weiderechte insbesondere dieses Archiv, Bd. VI, S. 367 u f., zu vergleichen. In einem im IX. Bande der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 80, erschienenen Aufsatze von Regierungsrath Schmidlin ist der Versuch gemacht, die Zuständigkeit des Civilrichters auch bei Streitigkeiten

8) Die Aufgaben des Staates und der öffentlichen Korporationen erfordern zu ihrer Erfüllung einen vermögensrechtlichen Aufwand. Jeder Streit darüber, was zu Erreichung dieser Aufgaben zu geschehen habe, hat daher in der Regel eine vermögensrechtliche Seite. Wenn z. B. von der Aufsichtsbehörde einer Gemeindebehörde die Aufstellung einer größeren Anzahl von Polizeibediensteten zur Pflicht gemacht wird, so liegt hierin die Anforderung eines höheren Aufwandes für die Ortspolizei. Wenn ein

---

über die auf den Markungsverband gestützten Weiderechte zu begründen. Die ganze Ausführung beruht auf der Unterstellung, daß der vermögensrechtliche Charakter das Recht zu einem Privatrechte mache. „Auch die Weide der letzten Form (die auf dem Markungsrechte beruhende Weide), sagt Schmidlin, unterscheidet sich dem inneren Stoffe des Rechtes nach von den anderen nicht, sie hat ganz den vermögensrechtlichen Charakter, sie ist — so zu sagen — innerlich ein Privatrecht und nur äußerlich ein öffentliches Recht, sofern sie nicht einen privatrechtlichen Ursprung soll aufweisen können, sondern das Produkt eines öffentlichen Rechtes sein soll. Eine strenge Doktrin müßte an einer derartigen Zwischenklasse von Rechten Anstoß nehmen. Denn das öffentliche Recht und das Privatrecht sind organisch verschiedenartige, einander entgegengesetzte Gattungen, die keine solche Vermischung dulden." (?) Die obige Ausführung über die auf den öffentlichen Rechtsverhältnissen beruhenden Vermögensrechte dürfte jede weitere Widerlegung dieser Sätze überflüssig machen. Auch der Entwurf eines Weidegesetzes, wie er aus den Berathungen der Kammer der Abgeordneten hervorgegangen ist, weist in Art. 82 die Entscheidung über „Weide- und Pferchrechte, insoweit dieselben auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt werden," mit Recht und in Uebereinstimmung mit der konstanten Praxis der Gerichte und Verwaltungsbehörden den letzteren zu. Wenn außerhalb der Gemeindemarkung ein Weide- oder Beholzungsrecht sämmtlicher Markungsinhaber in Anspruch genommen wird, so ist dieß allerdings ein Privatrecht; es wird sich ein solches Recht jedoch wohl ausnahmslos nur entweder als Realrecht eines bestimmten Güter-Komplexes oder als durch die juristische Persönlichkeit der Gemeinde vermittelt denken lassen; im letzteren Falle nimmt die Theilnahme der Einzelnen hieran die Natur der bürgerlichen Nutzung an.

Einzelner oder eine Mehrheit von Einzelnen von dem Staate oder der Gemeinde die Errichtung einer Schule, die Erstellung einer Straße, einer Post- oder Eisenbahn-Verbindung verlangt, so liegt hierin stets der Anspruch auf eine vermögensrechtliche Leistung zu einem bestimmten öffentlichen Zwecke. In der Regel kann nun bei solchen Anforderungen, von welcher Seite sie ausgehen mögen, von einer Rechtsprechung aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil sie nur die Geltendmachung von Interessen, nicht die Verfolgung subjektiver Rechte sind. Bei denjenigen Einrichtungen, welche aus dem Wesen des Staates von selbst folgen, ohne welche er nicht gedacht werden kann, liegt ein Bedürfniß nicht vor, die Interessen zu subjektiven Rechten zu steigern. Jede Staatsverfassung setzt mit Recht voraus, daß dasjenige, was zu Erfüllung dieser Aufgaben zu geschehen hat, je nach dem wechselnden Bedürfniß der Zeit geschehen werde, und daß die Thatsache, nicht die Rechtsregel hierüber zu entscheiden habe. Es gibt aber zahlreiche Einrichtungen für öffentliche Zwecke, welche nicht so unmittelbar aus dem Begriffe des Staates folgen, daß ihre Ausführung der Thatsache, d. h. der freien Beschlußfassung der das öffentliche Interesse vertretenden Organe allein überlassen werden könnte. Hierher gehören namentlich diejenigen Einrichtungen, welche, obwohl an sich in der Aufgabe des Staates enthalten, ganz oder zum Theil im einzelnen Staate eine Obliegenheit der öffentlichen Korporationen sind. Sofern es sich hiebei um vermögensrechtliche Leistungen handelt, wäre es mit einem geordneten Rechtszustande nicht vereinbar, im Falle eines Streites über die Pflicht zu dieser Leistung und über das Maß derselben lediglich das Interesse des Staates und das Ermessen der Staatsaufsichtsbehörden entscheiden zu lassen. Das öffentliche Recht hat daher die Aufgabe, diese Verhältnisse zu ordnen und zu bestimmen, welche dieser Einrichtungen für öffentliche Zwecke nothwendig sind und

welche öffentliche Kassen den Aufwand derselben zu tragen haben.

Dieß ist in Württemberg für die wichtigsten Einrichtungen geschehen. Die Leistungspflichten für Schulen- und für Armenzwecke, für die öffentlichen Straßen, für Kirchen und Kirchhöfe, für Uferbauten,[83] für militärische Einquartierung und für Vorkehrungen gegen Epidemien, sind zum größeren Theil eingehend geordnet.[84]

Mit der gesetzlichen Regelung dieser Leistungspflichten sind die Interessen zu subjektiven Rechten geworden und es ist im Streitfalle eine Rechtsprechung hierüber möglich. Darüber aber ist kein Zweifel, daß auch diese Streitigkeiten nicht vor den Civilrichter gebracht werden können.

Die Ausnahmen von dem Grundsatze.

§. 4. 1) Die scheinbaren Ausnahmen. Der Privatrechtstitel.

Den sämmtlichen in §. 3, Z. 1—8[85] aufgezählten Vermögensrechten ist es eigenthümlich, daß sie ihren rechtlichen

[83] Ein Streit unter den Anliegern eines öffentlichen Wassers über die Pflicht zur Unterhaltung des Flußufers gehört wohl vor die Civilgerichte, nicht aber, wenn die Gemeinde als Markungsinhaberin oder der Staat vermöge seines Wasserregals wegen eines Flußbaues in Anspruch genommen wird. Vergl. Seuffert, Bd. IX, S. 342, Bd. XVI, S. 253.

[84] Beispielsweise fehlt es in Württemberg noch an einer gesetzlichen Bestimmung darüber, welchen Antheil der Staat an dem Polizeiaufwand der Gemeinden zu tragen hat, wenn sie mit der Ortspolizei auch einen Theil der Landespolizei versieht; ebenso sind die bestehenden Normen über die Staats- und Vicinalstraßen lückenhaft und unbestimmt; es fehlt ferner an gesetzlichen Bestimmungen über die Leistungspflichten der Gemeinden für das Telegraphen-, Post- und Eisenbahnwesen, über die Unterhaltung der Wasserstraßen und den Uferbau, sofern der letztere nicht den Anliegern obliegt; (vgl. Reyscher, württ. Privatrecht, §. 248 Note 6 und 17) über die Kosten der Führung der Civilstandsregister, wo solche nicht von den Geistlichen geführt werden.

[85] Wenn und soweit die Wirkung des öffentlichen Rechtes auf Vermögensrechte in Folge der Kollision mit den öffentlichen In-

Grund in einem öffentlich-rechtlichen Verhältniß haben und deßhalb ein Streit über sie nicht vor den Civilrichter gehört. Als Vermögensrechte jedoch fallen sie wiederum dem Gebiete des Privatrechtes insofern anheim, als sie wie jedes andere Vermögensrecht Gegenstand des Privatverkehrs und der Privat-Disposition werden können. Hieraus erklärt es sich, daß Thatsachen, welche den Erwerb und Verlust von Vermögensrechten nach privatrechtlichen Grundsätzen bedingen, auch auf dem Gebiete der von dem öffentlichen Rechte beeinflußten oder bedingten Vermögensrechte ihre Wirkung äußern können. Diese Thatsachen sind die sogenannten Privatrechtstitel, Vertrag, letztwillige Verfügung, rechtskräftiges Erkenntniß des Civilgerichtes, erwerbende Verjährung.

Hiemit sind übrigens die Fälle, in welchen in einem Streit über die hier in Frage stehenden Vermögensrechte privatrechtliche Grundsätze eingreifen, nicht erschöpft. Ebenso äußern die Grundsätze über Irrthum, dolus, Zahlung, Klagenverjährung, Insolvenz des Schuldners, ihre Wirkung.[88]

---

teressen in Frage steht, also in den in §. 2 lit. B. erörterten Fällen, ist es nicht denkbar, daß sog. Privatrechtstitel das Rechtsverhältniß beeinflußen. Nur auf dem privatrechtlichen Gebiete der Entschädigung können die Privatrechtstitel eine rechtliche Wirkung äußern, sofern diese Entschädigungspflicht im Falle der Entziehung eines öffentlichen Vermögensrechtes (1—8) aus Gründen des öffentlichen Interesses durch das Vorhandensein eines Privatrechtstitels bedingt sein kann. (Vgl. oben §. 2 A.) In der Regel, vielleicht ausnahmslos, liegt alsdann nur eine der in §. 4 erörterten „scheinbaren Ausnahmen" vor, d. h. es ist in Wirklichkeit ein Privatrecht, kein öffentliches Vermögensrecht entzogen. Daß aber diese wesentlichen Unterschiede nicht beachtet wurden, hat häufig zu falschen Resultaten geführt. (Vergl. Note 40, 46, 57).

[88] Auch eine nach Analogie der Grundsätze des Privatrechtes gebildete Provokationsklage ist bezüglich dieser Rechte nicht undenkbar. Daß bezüglich einer solchen die Zuständigkeit des Civilrichters durch die Thatsache bedingt ist, daß sich eines privatrechtlichen, vor den Civilrichter sich eignenden, Anspruches berühmt wurde, hat das Obertribunal ausgesprochen; dieses Archiv XII, S. 408.

Die Ansicht, daß jeder Streit, dessen Entscheidung durch die Würdigung dieser Thatsachen bedingt sei, von selbst Gegenstand der Civilrechtsprechung werde, hat früher zahlreiche Vertreter, namentlich von Seiten der Mitglieder der Civilgerichte gefunden [87] und nicht wenig zur Verwirrung über die Kompetenzgrenzen beigetragen. Man konnte sich natürlich im Falle eines solchen „besonderen Titels" nicht verbergen, daß ein Vermögensrecht in Frage stehe, welches als subjektives Recht denselben Rechtsschutz, wie jedes Privatrecht verlange. Da man sich nun diesen Rechtsschutz nur in der Form der Rechtsprechung der Civilgerichte möglich dachte, so ergab sich hieraus von selbst die Entscheidung für deren Zuständigkeit. Würde die Entwicklung der Verwaltungsrechtsprechung gleichen Schritt mit der Civilrechtsprechung gehalten haben, so hätte man jedoch sofort erkennen müssen, daß man auf diesem Wege in die unlösbarsten Verwicklungen ohne innere und äußere Gründe gerathe und daß das Richtigste ist, an der prinzipiellen Abgrenzung der civilgerichtlichen Kompetenz nach der inneren Natur des im Streit befindlichen subjektiven Rechtes ohne Rücksicht auf diese besonderen Eigenthümlichkeiten der Rechtsvertheidigung festzuhalten, d. h. ohne Ausnahme alle Streitigkeiten über die bezeichneten Rechtsverhältnisse, so lange der Privatrechtstitel das Recht selbst nicht in seinem Wesen ergreift, an die Verwaltungsgerichte zu verweisen.

Die neuere Praxis in Württemberg erkennt dieß auch an, obwohl noch einiges Schwanken bemerkbar ist. [88]

[87] Vergl. zum Beweis O.Trib.Rath Sarwey, Monatschrift, Bd. XVII, S. 192—196; Seuffert, Archiv I, S. 118. (Entscheidung des O.A.Gerichts zu Wiesbaden vom 24. Febr. 1838).

[88] S. unten Note 100, 111 u. 112. Namentlich ist dieß anerkannt, wenn eine Gemeinde die Armenunterstützung aus dem Grunde zurückfordert, weil sie hiezu rechtlich nicht verpflichtet war oder aus dem angeblich in dem Genossenschafts-(Gemeinde)verhältniß liegenden Grund der Verpflichtung des Unterstützten zur Ersatzleistung, wenn er Vermögen erwirbt, denselben in Anspruch nimmt. Dieses Archiv Bd. IV, S. 395 ff. Bd. IX, S. 49.

Theilweise aber erklären und rechtfertigen sich diese Abweichungen der Praxis aus zwei Gründen, welche man um so mehr auch vom Standpunkte der legislativen Behandlung aus nicht verwerfen kann, als es sich bei der Grenzabscheidung nach unserer Auffassung der Verwaltungs-Rechtspflege nur um eine Zweckmäßigkeitsfrage handelt.[89]

I. Einmal kann eine Thatsache, wie ein Vertrag oder ein anderer Privatrechtstitel, so ausschließlich die vermögensrechtlichen Wirkungen der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisse bestimmen, daß dieselben im einzelnen Falle jede Beziehung auf das öffentliche Recht verlieren, wie dieß schon oben bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der öffentlichen Diener im Hinblick auf den sie bedingenden Dienstvertrag anerkannt wurde.

Dieß ist

1) dann der Fall, wenn das öffentliche Vermögensrecht an sich durch die rechtliche Folge der Thatsache überhaupt nicht berührt wird, sondern zu demselben ein neues Recht hinzutritt, welches den öffentlich-rechtlichen Anspruch oder die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit in seinen Inhalt als thatsächliche Voraussetzung aufgenommen hat. Im Streitfalle über dieses neue Rechtsverhältniß richtet sich die Zuständigkeit des Gerichts nach dessen Natur, woraus von selbst die Zuständigkeit des Civilrichters folgt. Eine Thatfrage ist es allerdings, ob das neue Recht und die Entscheidung eines Streites über dasselbe das erste in seinem Wesen nicht berührt. Außer Zweifel ist aber, daß dieß niemals der Fall ist, wenn der Streit sich durchaus auf das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten und einem neu hinzugetretenen Berechtigten oder Verpflichteten beschränkt. Wenn eine Wasserkraft veräußert wird, so berührt ein Streit zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber über die Giltigkeit des Vertrages das Wasser-

[89] Vergl. erster Artikel in diesem Archiv a. a. O. S. 206 und 207.

nutzungsrecht selbst nicht. Ebenso wenig wird der öffentlich-rechtliche Anspruch berührt, wenn A. für B. die Bezahlung einer Abgabe übernimmt und beide über deren Zahlung streiten, wenn zur Sicherstellung einer öffentlich-rechtlichen Forderung eine Bürgschaft eingegangen, ein Pfandrecht bestellt wird, wenn die Gemeinde die auf einen Gemeindegenossen verwandte Armenunterstützung mit der Mandatsklage oder actio negotiorum gestorum von den alimentationspflichtigen Verwandten desselben ersetzt verlangt, wenn bei der Theilung des Vermögens getrennter Ehegatten ein Streit darüber entsteht, wie die einen Theil des Vermögens bildende bürgerliche Nutzung zu behandeln sei, wenn über die Lokation oder Befriedigung der öffentlich-rechtlichen Schuld eines in Gant gerathenen Schuldners zwischen dem Forderungsberechtigten und dem Kontradiktor gestritten wird.[90]

2) Das öffentliche Vermögensrecht selbst verliert durch Vertrag oder andere privatrechtliche Titel seine öffentlich-rechtliche Natur, wenn durch diese Thatsachen ein neues von den öffentlichen Normen unabhängiges Recht entsteht, welches an die Stelle des ersten oder neben dasselbe, sei es als dessen Ausführung (Dienstvertrag, Beförderungs-Vertrag mit den Verkehrs-Anstalten), sei es als ausnahmsweise Abweichung von der öffentlichen Rechtsnorm tritt, (ausnahmsweise Steuerbefreiungen, Bevorzugung in dem Antheil an bürgerlichen Nutzungen rc. rc.)

In diesen Fällen tritt nun die allgemeine Regel, von welcher diese ganze Untersuchung ausgeht (§. 1), wieder in ihr Recht. Die Anerkennung der Zuständigkeit der

---

[90] In allen diesen Fällen läßt sich die Entscheidung über das bestrittene Privatrecht von der Entscheidung eines Streites über das öffentliche Vermögensrecht, auf welches sich jenes bezieht, trennen und es muß, im Falle über beide gestritten wird, getrennt werden, wobei sich der Streit über das letztere als Präjudizialstreit darstellt. (S. unten §. 6 und Seuffert Archiv Bd. V. S. 106.)

Civilgerichte ist keine Ausnahme, sondern die Rückkehr zur Regel.

II. Sodann sind einzelne Leistungspflichten für öffentliche Zwecke in einer Zeit entstanden, in welcher das öffentliche Recht noch unentwickelt war und daher die privatrechtlichen Formen für Begründung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen gewählt wurden. Wo sich diese Verhältnisse erhalten haben, war es um so natürlicher, daß sie der Rechtsprechung des Civilrichters anheimfielen, als sie in der Zeit ihrer Begründung, in welcher sich kein anderes Organ für die unabhängige Rechtsprechung als das Civilgericht darbot, sich schon als die vereinzelte Steigerung der öffentlichen Interessen zu subjektiven Rechten und Pflichten darstellten. Diese Leistungs-Pflichten sind durch den Grundgedanken, auf dem sie ruhen und den Zweck, für welchen sie begründet wurden, öffentlich-rechtlicher Natur; wegen der Form aber, in welche das Interesse als subjektives Recht gebracht wurde, und als die Ausnahme von dem heutigen öffentlichen Recht ebenso wenig nach den Grundsätzen desselben zu beurtheilen, als andere ausschließlich durch Vertrag geregelte Vermögensverhältnisse. Auch bei Streitigkeiten über diese Gegenstände ist es nur eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatze, wenn für dieselben die Zuständigkeit des Civilrichters anerkannt ist.

Die folgende nähere Untersuchung der konkreten Verhältnisse an der Hand ergangener gerichtlicher Entscheidungen wird den Beweis hiefür liefern, wobei übrigens nicht außer Acht zu lassen ist, daß die Frage, ob eine der bezeichneten Voraussetzungen zutrifft, nicht selten als Thatfrage sich darstellt, deren verschiedene Beurtheilung den Grundsatz selbst nicht berührt. [91]

[91] Auf Fälle, welche unter I. 1. oben zu stellen sind, wird hiebei nicht eingegangen, da bei diesen Streitigkeiten die Frage über die Zuständigkeitsgrenze sich von selbst beantwortet und hierüber keine Meinungsverschiedenheit besteht. Seuffert, Archiv Bd. IV, S. 405, 409, insbesondere XII. S. 266. Schäfer, Civilprozeß S. 68.

1) Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser, soweit sie nicht Jedermann freistehen, das Flößen, das Haben von Vorrichtungen zur Benützung der Wasserkraft,[92] die Ableitung des Wassers zur Wiesenwässerung können nur durch Verleihung des Staates und die ihr gleichstehende Immemorial-Verjährung erworben werden. Schiffbare und floßbare Flüsse sind jedenfalls öffentliches Wasser. Auch andere beständig fließende Gewässer sind nach württembergischem Rechte öffentliches Wasser, sofern nicht ein Privateigenthum an demselben nachgewiesen wird. Dieß ist eine Thatfrage und nicht allein durch die Stärke und Länge des Baches, seine Bedeutung für den Gebrauch, sondern auch einzelne Besitzhandlungen und das Herkommen bedingt.[93] Die öffentlich-rechtliche Natur der fließenden Gewässer erstreckt sich übrigens nicht auf das vermöge des Nutzungsrechts auf ein Grundstück in Teichen, Röhren, Cisternen oder Gräben gefaßte Wasser.[94] Daß der Civilrichter im Falle eines bei ihm anhängig gemachten Streites über die privatrechtliche Eigenschaft eines Wassers in seinem Ressort zu entscheiden hat, folgt aus dem Grund-

---

Einen Fall der behaupteten theilweisen Abtretung eines Wassernutzungsrechtes betrifft die bei Seuffert XIV, S. 403 mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals vom 3. Mai 1861, in welchem sich das Obertribunal für die Zuständigkeit des Civilrichters ausgesprochen hat, da „durch den Vertrag ein neues nicht schon zuvor bestandenes Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten erst begründet worden sei.“ Einzelne Sätze der Entscheidungsgründe gehen allerdings über die Grenze dieser Fälle hinaus und führen zu der Frage, ob in dem gegebenen Falle nicht die Inkompetenzentscheidungen der Richter I. und II. Instanz folgerichtiger waren.

[92] Wohl auch das Haben von Vorrichtungen zum Baden.

[93] Sarwey, Monatschrift Bd. XVII, S. 208. Dieses Archiv I, 268. Bd. II, 314. Bd. IX, S. 58. Bd. XIV, S. 262. Seuffert, Archiv Bd. XIV, S. 344.

[94] Dieses Archiv Bd. X, S. 208. Seuffert, Archiv Bd. XVIII, S. 8.

saße und ist anerkannt.[95] Wenn aber auch die öffentliche Eigenschaft des Wassers feststeht, so schließt dieß die Möglichkeit nicht aus, daß über die Nutzungsrechte der Einzelnen Verträge abgeschlossen werden, und daß zu ihrer Begründung sich hierauf oder auf die Verjährung oder rechtskräftiges Erkenntniß berufen wird. Ueber den Einfluß dieser Thatsachen auf die Zuständigkeit=Frage hat sich die Praxis der württ. Gerichte erst allmählich festgestellt.[96] Noch im XVII. Bande der Monatschrift (a. a. O.) hat der Herausgeber derselben zur Vertheidigung der von einem höheren Gerichte in einem Kompetenz=Konflikte geltend gemachten Gründe für die Bejahung der richterlichen Kompetenz im Falle der Berufung auf Vertrag bemerkt: daß wenn zwei benachbarte Wasserwerksbesitzer nach erlangter Konzession neben mancherlei anderen Versprechungen sich über die Art der Benützung ihres Wasserrechtes in einem Vertrage geeinigt haben, dessen einzelne Bestimmungen sich nicht trennen lassen, vernünftigerweise ein Streitfall hierüber, zumal wenn der Streit lediglich das Privat=Interesse, kein Interesse der Staatsgewalt berühre, die Kompetenz des Civilrichters nicht bestritten werden könne. Ganz im Einklang mit der damaligen Entscheidung des Kompetenz=Konflikts gegen die Ansicht des Gerichts hat jedoch das Obertribunal in späteren Entscheidungen anerkannt, „daß Verträge unter den Konzessionären an der öffentlich=rechtlichen Natur des Gegenstandes und der Zuständigkeit der Behörden nichts ändern, indem auch Verhältnisse des öffentlichen Rechtes, wie des Privat=

[95] Dieses Archiv Bd. IX, S. 56. Würde im Widerspruch hiemit die Verwaltungsstelle sich für die öffentliche Natur des Wassers aussprechen, so wäre ein Kompetenz=Konflikt vorhanden.

[96] Der Grund der Unsicherheit der Kompetenzgrenze in diesen Fällen liegt darin, daß das Wasserregal bald nur als der Ausfluß der Polizeigewalt, der Aufgabe des Staates, die Wassernutzung im öffentlichen Interesse Aller zu regeln, bald als Recht des Staates auf ausschließliche Nutzung der fließenden Wasser aufgefaßt wird. (Vergl. Note 61.)

rechtes Gegenstand [97] einer Uebereinkunft unter den Betheiligten sein können."

Ebenso hat der K. Geheimerath die Zuständigkeit der Civilgerichte in dem über den erwähnten Kompetenz-Konflikt erstatteten Gutachten, sowie in mehreren Streitfällen verneint, in welchen sich auf einen zwischen den Mühlebesitzern abgeschlossenen Vergleich berufen worden war, „da auch das öffentliche Recht die Verträge, sowie das Herkommen und lagerbüchliche Bestimmungen als Entscheidungsquelle kenne und ein an sich dem öffentlichen Rechte angehöriges Verhältniß dadurch, daß dessen Feststellung im Wege des Vergleichs erfolge, nicht in ein privatrechtliches verwandelt werde." [98] Noch weniger als hiernach Verträge zwischen den Konzessionären, auch wenn diese sich ganz innerhalb der Grenzen der Verleihung halten, die Kompetenz des Civilrichters begründen, kann dieselbe nach den vorliegenden Entscheidungen durch Verträge des Nutzungsberechtigten mit der Staatsgewalt über Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser begründet werden. Man hat zwar hiebei unterscheiden wollen, „ob von der Staatsgewalt das Recht nach den Normen des öffentlichen Rechtes" oder „kaufsweise, lehensweise ertheilt worden sei, in welch' letzterem Falle ein Streit hierüber vor die Gerichte gehöre." [99] Allein diese Ansicht kann als durch die angeführten Entscheidungen widerlegt bezeichnet werden, da der Grund derselben auch in diesen Fällen gegen die Zuständigkeit des Civilrichters spricht. Sie beruht auf einer Unterscheidung der Rechte des Staates auf das öffentliche Wasser, welche sich nicht nachweisen läßt und mit dem Be-

---

[97] Erkenntniß des Obertribunals vom 23. Mai 1854. Dieses Archiv I, S. 276. Erkenntniß vom 13. Mai 1857. Dieses Archiv II, S. 316.

[98] Sarwey, Monatschrift, a. a. O. S. 203. Entscheidung vom 1. August 1853. Dieses Archiv I, S. 411. Entscheidung vom 19. April 1866. Dieses Archiv Bd. XIV, 266.

[99] Dieses Archiv I, S. 353.

griff des Wasser-Regales, wie er sich thatsächlich entwickelt hat, nicht vereinbar ist.

Die thatsächlichen Verhältnisse der Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern ergeben, daß diese niemals, auch nicht im Falle des Dazwischentretens der sogenannten Privatrechts-Titel, von ihrem Entstehungsgrund, von ihrem rechtlichen Zusammenhang mit dem Wasserregal so losgetrennt werden können, daß sich eine Verweisung an den Civilrichter begründen ließe und will man folgerichtig verfahren, so muß man dieß auch auf alle diejenigen Vorrichtungen ausdehnen, welche im Wasser für die gewerbliche Ausbeute des Wassers bestehen oder errichtet werden. [100]

---

[100] Abweichend hievon erklärte sich das Obertribunal unter dem 10. Novbr. 1854, dieses Archiv Bd. XII, S. 304, für die Zuständigkeit des Civilrichters in einem Streite darüber, ob der beklagte Wasserwerksbesitzer berechtigt sei, an dem in einem öffentlichen Flusse befindlichen Hauptwöhr und Uebereich, an welchem der Kläger Eigenthum zu haben behauptete, Aufsatzbretter anzubringen. In den Gründen findet sich der Satz, daß durch die Eigenschaft eines Gewässers als eines öffentlichen, die Zuständigkeit des Civilrichters zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Privatpersonen über die Wasserbenützung, soweit die gegenseitigen Ansprüche aus Gründen des Privatrechtes abgeleitet werden, nicht ausgeschlossen sei. In der allgemeinen Fassung würde dieser Satz zu der oben bekämpften Ansicht führen, daß für jeden Streit zwischen zwei Nutzungsberechtigten, in welchem der Staat nicht Parthei ist, die Civilgerichte zuständig seien. Dieß widerspricht den sonstigen Entscheidungen des Obertribunals (vergl. die vorhergehenden Noten). Die Zuständigkeit des Obertribunals konnte nur aus der in den folgenden Sätzen der Gründe ausgesprochenen Annahme folgen, daß das Wöhr sich im Eigenthume des Klägers befinde und die öffentlich-rechtliche Natur des Wassers das Wöhr nicht ergreife. Gegen diese Annahme spricht die obige Erwägung, daß auch solche Einrichtungen in einer so unmittelbaren Beziehung auf die öffentlich-rechtliche Wassernutzung selbst stehen, daß jede Entscheidung über sie in das Nutzungsrecht selbst eingreifen kann, und daß die Zuständigkeit des Civilrichters nicht von dem zufälligen Umstand abhängig gemacht werden kann, ob im einzelnen Falle dieß nicht an-

2) Dieselben Grundsätze, welche hiernach die Rechtsprechung bezüglich der Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser festgestellt hat, finden auch auf die übrigen auf der Verleihung durch die Staatsgewalt beruhenden Befugnisse der Einzelnen Anwendung. Ein Streit über die Frage, ob Jemand zur Errichtung oder zum Betriebe einer Apotheke befugt ist, ob die Gerechtigkeit erloschen ist, ob Jemand ein Patent erworben hat, und ob dasselbe von einem Anderen verletzt ist, gehört nicht vor den Civilrichter, wenn sich auch hiefür auf einen Vertrag oder einen anderen Privatrechts-Titel berufen wird. Eine Ausnahme machen auch nicht die dinglichen Berechtigungen dieser Art. Durch ihre Verbindung mit einem Hause werden sie zwar Gegenstand eines Privatrechtes, sofern sie auf jeden Besitzer desselben übergehen. Es kann daher wohl der hierüber abgeschlossene Vertrag Gegenstand der civilrichterlichen Entscheidung werden (oben I. 1); allein sofern die Gewerbe-Berechtigung selbst Gegenstand des Streites ist, steht die Entscheidung nicht bei dem Civilrichter, auch wenn sich

---

zunehmen sei. Folgerichtig ist nur, in allen Fällen, in welchen irgend eine Einwirkung auf das öffentliche Wasser in Frage steht, welche ihren letzten Grund in der staatlichen Verleihung des Wassernutzungsrechts findet, auch wenn derjenige, welcher sie beansprucht oder verneint, sein Recht nicht unmittelbar auf die staatliche Verleihung stützt, die Zuständigkeit der Civilgerichte zu verneinen oder sie in allen Streitigkeiten über die Befugnisse in Beziehung auf die öffentlichen Gewässer mit dem einzigen Vorbehalt zu bejahen, daß die Polizeigewalt (nicht aber der Administrativrichter) im öffentlichen Interesse, wie z. B. bei der Ausübung der Waldweide, der Fischerei u. s. f., ihre Ausübung zu regeln hat. Die Grenze der civilrichterlichen Zuständigkeit liegt im ersten Falle in der Frage, ob nur der Vertrag oder auch seine Wirkung auf das Wassernutzungsrecht den Gegenstand des Streites bildet. In dem erörterten Rechtsfall traf das letztere zu, denn die Aufsatzbretter waren ein Mittel der Wassernutzung. Vergl. dieses Archiv XII, S. 305 und Note 143.

auf einen Vertrag als Grund ihrer Erwerbung berufen wird.[101]

3) Wenn und soweit auch die öffentlichen Sachen und Einrichtungen in ihrer Beziehung zu dem Staat und den öffentlichen Korporationen Theile des Privatvermögens derselben sind und ihre öffentliche Eigenschaft nur vermöge ihrer besonderen Bestimmung für Genossenschaftszwecke begründet wird, ist es rechtlich möglich, daß ihre Benützung unbeschadet ihrer öffentlich-rechtlichen Bestimmung zum Gegenstand des Privatverkehrs wird. Bei einem Theile dieser Einrichtungen, den Posten, Eisenbahnen und Telegraphen, kann der öffentliche Zweck nur im Wege der Benützung durch die Einzelnen auf Grund bestimmter Verträge erreicht werden.

Dasjenige Recht nun, welches hiedurch begründet wird, ist ein anderes, als dasjenige, welches ohne den Privatrechtstitel besteht, auch wenn die Ausübung desselben in beiden Fällen sich nicht unterscheidet. Wenn ein Einzelner behauptet, durch Vertrag ein Recht auf einen bestimmten öffentlichen Weg für sich erworben zu haben, so benützt er diesen Weg, so lange er besteht, nicht anders als alle übrigen Staatsbürger oder Güterbesitzer. Die Verschiedenheit seines Rechtes zeigt sich aber darin, daß er auf das Bestehen desselben einen privatrechtlichen Anspruch hat, welchen die Anderen nicht haben. Die mögliche Einwendung, daß dieses Recht nur so lange eingeräumt sei, als der Weg für die öffentlichen Zwecke bestehe, ändert hieran Nichts. Der Civilrichter hat auch hierüber aus dem Inhalte des Vertrages zu entscheiden.[102]

---

[101] Ebenso wenn auf Grund des Vertrages eines Staates mit einer mediatisirten Standesherrschaft das Recht der Staatsgewalt auf Konzessionsertheilung in irgend einer Weise beschränkt sein soll. Seuffert, Archiv Bd. XV, S. 129.

[102] Ebenso ist der Civilrichter zuständig, wenn über die Grenze eines Weges bei ihm ein Streit anhängig gemacht wird, in welchem gegen die Behauptung der Erwerbung des Eigenthums dasselbe

Wenn vermöge eines Privatrechtstitels das Recht auf einen bestimmten Kirchensitz,[103] auf einen bestimmten Beerdigungsplatz von einem Einzelnen oder einer Familie[104] erworben ist, so ist dieses Recht ein anderes, als das der allgemeinen Benützung. Wenn mit einer Post-, Eisenbahn- oder Telegraphenverwaltung der Beförderungsvertrag durch Lösung der Karte, des Billets oder Zahlung der Gebühr abgeschlossen ist, so ist allgemein anerkannt, daß hiemit beide Theile in ein privatrechtliches Vertragsverhältniß getreten sind, bei welchem die öffentlich-rechtliche Bestimmung der Anstalt vollständig zurücktritt. Dieß wird dadurch nicht geändert, daß den betreffenden Behörden polizeiliche Befugnisse gleichfalls eingeräumt sind. Soweit der Einzelne durch eine Ausübung dieser Befugnisse sich verletzt erachtet, ist die Betretung des Civilrechtsweges ebenso, jedoch nur soweit ausgeschlossen, als bei jedem anderen Eingriff der Polizeigewalt in die Privatrechts-Sphäre.[105] Ebenso verhält es

---

unter Berufung auf die öffentliche Eigenschaft des Weges bestritten wird. (S. oben Note 58, Seuffert, Archiv III, S. 12, XIII, S. 173.) Eine andere Frage ist, ob die öffentlichen Interessen nicht gleichwohl die Herstellung oder die Entziehung des Weges im Wege der Expropriation nothwendig machen. Auch in dem letzten Falle handelt es sich um eine Expropriation, wenn das Recht auf den Weg ein Privatrecht im obigen Sinne ist. Der Art. 35 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 dürfte hierauf keine Anwendung finden.

[103] Seuffert, Archiv XI, S. 415, VI, S. 336, XIII, 95.

[104] Seuffert, Archiv IV, S. 416. Auch eine Gemeinde oder Theilgemeinde kann in der Lage sein, als Einzelner (oben Note 18) Ansprüche an die Benützung eines Kirchhofes als Privatrecht zu erwerben und bei dem Civilrichter zu verfolgen. Ebenso gehört ein Streit über das Eigenthum an Kirchen, Pfarrgebäuden, Kirchhöfen vor den Civilrichter, womit aber über ein öffentliches Benützungsrecht nichts entschieden ist. Nicht ganz klar ist, was hierüber in Seuffert's Archiv a. a. O. gesagt ist.

[105] Allerdings kann es bei einzelnen Handlungen der Eisenbahn-, Post- und Telegraphenbeamten zweifelhaft sein, ob sie vermöge ihrer polizeilichen Gewalt oder als Institoren gehandelt haben.

sich, wenn in Folge des öffentlichen Rechtes (z. B. der Zollgesetze) eine Waare in einen öffentlichen Hinterlegungsraum deponirt wird. Durch die Deposition entsteht ein neues Rechtsverhältniß, welches durchaus unter den Privatrechtsnormen steht.[106] In wie weit der Staat hiebei für seine Beamten haftet, ist eine Frage des materiellen Rechtes. (Vgl. oben Note 70).

In allen diesen Fällen mit einziger Ausnahme der öffentlichen Versicherungsanstalten (s. unten §. 5, Ziff. 2) ist die Zuständigkeit des Civilrichters anerkannt.[107] Nur findet man häufig die ungenaue Darstellung, als ob der Streit über ein Vermögensrecht dieser Art, obwohl an sich öffentlich-rechtlicher Natur, vermöge der Berufung auf einen sogenannten Privatrechtstitel sich ausnahmsweise zur civilrichterlichen Zuständigkeit eignen würde. Das Richtige ist, daß in diesen Fällen in Folge der behaupteten, einen Privatrechtstitel begründenden Thatsachen das subjektive Recht seinem inneren Wesen nach von jeder Beziehung auf das öffentliche Recht abgelöst ist und sich als reines Privatrecht darstellt.

---

[106] Das Obertribunal hat allerdings in einer Entscheidung vom 15. April 1856 (Seuffert, Archiv, Bd. XI, S. 131) die Unzuständigkeit des Civilrichters bezüglich des Entschädigungsanspruches gegen eine Zollbehörde wegen unmöglich gewordener Herausgabe niedergelegter Waaren ausgesprochen; diese Entscheidung, wie sie hiernach prinzipiell nicht zu rechtfertigen sein dürfte, steht im Widerspruch mit den Entscheidungen in anderen Staaten. (Vgl. Seuffert a. a. O., S. 133).

[107] Bezüglich der Eisenbahnen, Posten und Telegraphen vgl. §. 6 der K. V.O. vom 17. Juli 1851, betr. die Errichtung einer Centralbehörde (Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 66); bezüglich der Kirchenstühle und Begräbnißplätze, vgl. §. 5 der K. V.O. vom 23. August 1825 über den Wirkungskreis der gemeinschaftlichen Oberämter, wornach zu demselben gehört: 4) die außergerichtliche Entscheidung von Streitigkeiten über Kirchenstühle und Begräbnißplätze," eine allerdings mehrfacher Deutung fähige Vorschrift. Seuffert, Archiv IV, S. 416.

4) Dasselbe tritt ein, wenn Ansprüche Einzelner bezüglich des Gemeindevermögens verfolgt werden, welche nicht an sich aus dem Gemeindebürgerrecht folgen. Solche Ansprüche können nur durch Vertrag und die demselben gleichstehenden Titel erworben werden. Zwar können Vertrag und Herkommen auch innerhalb der durch das Bürgerrecht an sich begründeten Rechtssphäre wirken. Wenn aber das besondere durch Privatrechtstitel erworbene Recht an die Stelle des Rechtes aus dem Gemeindeverband tritt, erscheint der Anspruch als gänzlich abgelöst von dem öffentlichen Rechte. Das Kriterium hiefür ist stets, ob eine die Person, das berechtigte Gut oder die Familie bevorzugende Abweichung von der Regel, von dem Rechte aller Gemeindebürger in Frage steht. Dieß gilt nicht nur, wenn es sich um periodisch wiederkehrende Nutzungen an dem Gemeindevermögen (Holz- und andere Waldnutzungen) handelt, sondern auch bei anderen Theilungen des Gemeindevermögens (z. B. Allmand-Genuß). [108]

Hierher gehören die sogenannten Realgemeinderechte. In allen Streitigkeiten über diese besonders gearteten Ansprüche an das Gemeindevermögen ist das Civilgericht zuständig. Zwar ist in dem bekannten Erlaß des Civilsenates eines Gerichtshofes vom 11. Jan. [109] bemerkt, es werde im einzelnen Falle immer auf die besondere Beschaffenheit desselben bei der Frage über die privatrechtliche Natur der (Real)- Gemeinderechte ankommen. Allein dieser Vorbehalt wird zur Zeit keine praktische Bedeutung mehr haben.

---

[108] Bürgerrechtsgesetz von 1833, Art. 50 und 51; Sarwey, Monatschrift, Bd. X, S. 277; v. Schäfer, Civilprozeß, S. 63; Seuffert, Archiv IV, S. 409. Nachdem das Bürgerrechtsgesetz ausgesprochen hat, daß zur Theilnahme an den persönlichen Gemeindenutzungen alle Aktivbürger in gleichem Maße berechtigt sind, ist ein exceptioneller Anspruch eines Einzelnen eben nur als Privatrecht denkbar.

[109] Abgedruckt in Sarwey, Monatschrift X, S. 277. (Vgl. ebendaselbst I, S. 498).

Ob es früher Verbindungen von Grundbesitzern innerhalb der Gemeinde gegeben hat, welchen eine öffentlich-rechtliche Eigenschaft nach Entwicklung des heutigen Gemeindebegriffes erhalten wurde, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls werden diese Verbindungen längst in die Gemeinde des Bürgerrechtsgesetzes [110] sich aufgelöst haben und die heute noch bestehenden Realgemeinderechte unbedingt und ausnahmslos als Privatrechte bezeichnet werden können, welche nur durch den Gegenstand, auf welchen sie sich beziehen, eine Verbindung mit der Gemeinde haben. [111]

5) Da nicht der Zweck und nicht der Gegenstand des Anspruches, sondern der Rechtsgrund, d. h. die aus dem Subjektions- (Genossenschafts)- Verhältniß des Einzelnen folgende Pflicht zur Theilnahme an dem öffentlichen Aufwand in Form von Geldleistungen die Natur einer vermögensrechtlichen Leistung als öffentlicher Abgabe bestimmt, so ändert ein Vertrag und ein anderer Privatrechtstitel an der öffentlich-rechtlichen Natur einer Leistung und eines Streites hierüber Nichts, wenn diese Thatsachen jene Pflicht selbst nicht berühren. Wenn und so lange ein Streit über eine öffentliche Abgabe sich auf dem Boden der allgemeinen Abgabenpflicht bewegt, ist derselbe ein öffentlich-rechtlicher. Es muß daher als eine Prinziplosigkeit bezeichnet werden, wenn nicht selten die Zuständigkeit der Civilgerichte bei Streitigkeiten über öffentliche Abgaben, welche von der Beurtheilnng von Thatsachen in einer auf dem Gebiete des Privatrechtes anerkannten Wirkung abhängen, ausnahmsweise als vor die Civilgerichte geeignet behandelt

---

[110] Vergl. Bürgerrechtsgesetz von 1833, Art. 1 und Art. 51.

[111] Dieß sollte auch wenn es sich um Leistungen der Gemeinderechtsbesitzer für öffentliche Zwecke, z. B. Wegbaulasten handelt, anerkannt werden. Die Verfügungen der Verwaltungsbehörden sollten nur an die nach dem öffentlichen Rechte hiezu verpflichtete politische Gemeinde gehen und dieser überlassen bleiben, ihre Ansprüche auf dem Civilrechtswege gegen die Gemeinderechtsbesitzer zu verfolgen. In der Praxis wird dieß allerdings häufig anders gehalten.

werden.[112] Auch die Rückforderung einer einzelnen, angeblich ohne Rechtsgrund bezahlten öffentlichen Abgabe gehört nicht vor den Civilrichter und die Verweisung an denselben, wie sie das Oberhofgericht in Mannheim und das O.A.Gericht in Kassel angenommen hat,[113] würde konsequenterweise dahin führen, daß überall, wo das Gericht die Berufung auf privatrechtliche Grundsätze für seine Entscheidung nöthig hat, dieselbe dem Civilrichter überlassen werden müßte, so namentlich in dem Falle, wenn die Einrede der Zahlung, des Erlasses, der Verjährung in Frage steht. Das Unrichtige in den Gründen jener Entscheidungen dürfte einleuchten, wenn man sich klar macht, daß der Gegenstand der Rückforderung nicht eine Geldsumme überhaupt, sondern eine öffentliche Abgabe ist und ebenso wie

---

[112] Ganz bezeichnend ist, wenn Brater a. a. O., S. 34, hiegegen bemerkt: „die genannten Rechtstitel haben dann die Eigenschaft von Staatsrechts-, nicht von Privatrechtstiteln." Uebereinstimmend hiemit hat sich das Obertribunal durch Entscheidung vom 10. Okt. 1846 ausgesprochen: „Wenn die Steuerbehörde dem Steuerpflichtigen einen Nachlaß an seiner Schuld oder eine Borgfrist bewilligt oder statt einer Naturalleistung eine Leistung an Geld sich bedingt, so hört die Verbindlichkeit deßhalb nicht auf, eine öffentlich-rechtliche zu sein." Seuffert, Archiv IV, S. 405. In Preußen sind dagegen durch das Gesetz vom 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtsweges, diese Fälle an das Civilgericht verwiesen. Folgerichtig hätte man einen Schritt weiter gehen und mit dem Vorbehalt der vorläufigen Beitreibung einer bestrittenen Abgabe jeden Streit über eine solche an den Civilrichter verweisen sollen; denn wenn der Richter darüber entscheiden kann, ob eine Abgabe mit liberirender Wirkung bezahlt ist, so muß er auch darüber entscheiden können, ob sie mit Recht gefordert ist. Die Folge der Inkompetenz der Gerichte ist übrigens nicht nothwendig der Mangel eines Rechtsschutzes. In Württemberg entscheidet hierüber in letzter Instanz der Geheimerath als Richter. Es besteht sonach ein weitergehender Rechtsschutz als in Preußen, was allerdings Diejenigen, welche mit dem Ausschluß des Civilrechtsweges, wie in Preußen der Fall ist, jeden Rechtsschutz für verneint halten, häufig übersehen.

[113] Seuffert, Archiv, Bd. XI, S. 130, Bd. XV, S. 253.

die Zahlung dieser Geldsumme, auch die Rückforderung nicht ohne das Genossenschaftsverhältniß denkbar ist. Es wird, wie vermöge des Genossenschaftsverhältnisses gezahlt wurde, auch vermöge desselben nach den für das Genossenschaftsverhältniß geltenden Rechtsnormen zurückgefordert. Das Klage-Fundament bildet die Behauptung, eine öffentliche Abgabe bezahlt, eine Pflicht aus dem Genossenschaftsverhältniß erfüllt zu haben, während nach den über das Dasein und das Erlöschen dieser Pflicht geltenden Grundsätzen eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht mehr bestanden habe. Hierüber läßt sich ohne eine Prüfung dieser Verbindlichkeit nicht urtheilen und die Aufgabe der rechtsprechenden Behörde ist in Wahrheit dieselbe, als wenn vor der Zahlung die Zahlungspflicht bestritten ist. Begründen läßt sich die Zuständigkeit des Civilrichters nur in dem Falle, wenn der Einzelne behauptet, auf Grund eines besonderen Titels vermöge einer Ausnahme von dem öffentlichen Rechte die Freiheit von der Abgabenpflicht erworben zu haben. In diesem Falle bestreitet der Einzelne die Pflicht zur Abgaben-Entrichtung vermöge eines *ihm* zustehenden Vermögensrechtes, vermöge der *erworbenen Steuerfreiheit*. Er bestreitet nicht das Recht der Steuerkasse an sich, die Abgabe zu fordern, sondern er behauptet, ein *neues* in seiner Person begründetes *Recht*, die Abgabe nicht zu zahlen.[114] Es liegt hierin die Ausscheidung aus dem Genossenschaftsverband in einem auf diese besondere Wirkung desselben beschränkten Umfang.

---

[114] Dieß zeigt sich ganz klar darin, daß ein solcher Vertrag nach der Natur der Verträge nur gegenüber dem Kontrahenten wirken kann. In dem bei *Seuffert*, Archiv VIII, S. 237 mitgetheilten Falle wurde die Abweisung einer Klage der israelitischen Gemeinde in W. auf Steuerfreiheit vermöge eines Vertrages mit der dortigen Christengemeinde unter Anderem damit begründet, daß „sie die etwa aus diesem Vertrage erworbenen Rechte nur gegen ihre Mitpaciszenten geltend machen könne, nicht gegen die landesherrliche Behörde."

Wie dieses Recht der Steuerfreiheit ebendeßhalb **nur** durch eine zu Begründung von Privatrechten geeignete Thatsache erworben werden kann, so ist dasselbe nach seinem inneren Wesen ein Privatrecht. Es ist nicht die Wirkung eines Privatrechtstitels auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, sondern die Natur des Rechtes selbst, welche die Zuständigkeit des Civilrichters begründet. Eben hierin liegt der Unterschied von dem Fall, wenn z. B. die einzelne Leistung durch Vertrag erlassen ist. Dieser Erlaß, auch wenn er zuvor und auf eine längere oder kürzere Zeit gewährt ist, wirkt nur innerhalb des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses. Er setzt aber dasselbe als bestehend voraus, während in dem Falle der Steuerbefreiung dasselbe verneint ist.[115] Da übrigens in Württemberg seit dem Gesetze vom 13. Dez. 1812 und §. 21 der Verf.-Urkunde keine Befreiungen von der Staatssteuer, nach dem Gesetze vom 18. Juni 1849, betr. die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf alle Theile des Staatsgebietes, Art. 20 keine **bleibenden** Befreiungen von Amts- und Gemeindeanlagen gesetzlich mehr zulässig sind, so hat diese Frage nur wegen der Entschädigungsansprüche für die Aufhebung früherer Steuerbefreiungen Bedeutung. Hierüber bestimmt die V.O. vom 14. Juni 1823 bezüglich der direkten und indirekten Staatsabgaben, daß die Betretung des Rechtsweges wegen entgangener Steuerfreiheit unter allen Umständen unzulässig sei und die Gerichte jede hier-

---

[115] Abweichend hievon hat das O.A.Gericht in Wiesbaden die civilgerichtliche Kompetenz in allen Fällen des Nachlasses einer Steuerschuld durch das Staatsoberhaupt selbst oder die zuständige Behörde angenommen. **Seuffert**, Archiv I, S. 113. Wenn die Steuerfreiheit durch Privilegium des Landesherrn verliehen wurde, dürfte zu unterscheiden sein, ob dieses Privilegium ein Landesgesetz, ein Steuergesetz oder vermögensrechtlicher Vertrag ist. Im ersten Fall liegt die im Texte angenommene Ausnahme nicht vor. Abweichend hievon ist die zweite bei **Seuffert** a. a. O. mitgetheilte Entscheidung des O.A.G. in Wiesbaden.

über angebrachte Klage sofort zurückzuweisen haben. Dagegen haben nach Art. 14 über das Vorhandensein einer den Gemeinden und Amtskörperschaften gegenüber durch privatrechtlichen Titel erworbenen Steuerbefreiung im Streitfalle die ordentlichen Gerichte zu entscheiden.

Von selbst versteht es sich endlich, daß ein Streit über eine Leistung, welche von einem nicht zur Erhebung öffentlicher Abgaben an sich befugten Kläger gefordert wird, niemals sich als Streit über ein öffentliches Recht darstellt. Daß ein auswärtiger Staat und eine auswärtige Korporation, im Falle der Verfolgung einer Steuerforderung im Inlande, eine öffentlich-rechtliche Leistung verlangt und ein Streit hierüber deßhalb nicht vor die Gerichte [116] gehört, ist zwar in Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des Obertribunals anzuerkennen. Wenn aber z. B. eine Standesherrschaft, welche in früherer Zeit vermöge der Landeshoheit das Besteuerungsrecht halte, hieraus noch nach ihrer Mediatisirung und nach dem Verluste des hiemit aufgehobenen Besteuerungsrechtes eine früher unter dem Titel der öffentlichen Abgabe erhobene Leistung forderte, so kann sie ihren Anspruch nur bei dem Civilrichter verfolgen, weil derselbe jedenfalls mit der Mediatisirung aufgehört hat, öffentlich-rechtlicher Natur zu sein. Ein solcher Anspruch ist überhaupt nur als Privatrecht rechtlich denkbar. [117] Auch die Rückforderung einer unter dem Titel einer öffentlichen Abgabe an eine Standesherrschaft nach ihrer Mediatisirung entrichteten Leistung dürfte ebendeßhalb jedenfalls an den Civilrichter zu verweisen sein. Dieß hat

[116] Seuffert, Archiv IX, S. 279.

[117] Würde die Standesherrschaft ein fortdauerndes Recht der Erhebung öffentlicher Abgaben geltend machen, so wäre ein Streit hierüber allerdings nicht vor das Civilgericht geeignet. Allein es wäre hierauf die einfache Antwort zu geben, ein solches Recht ist unmöglich. Es war nur denkbar, solange einzelne Grundbesitzer noch obrigkeitliche Rechte, wie die Patrimonialgerichtsbarkeit, ausübten und soweit die öffentlich-rechtliche Forderung hiemit zusammenhing.

das Obertribunal wenigstens in einem Falle ausgesprochen, in welchem die klägerischen Grundholden Ersatz einer angeblich ohne Rechtsgrund bezahlten sog. Ordinari- und Extraordinaristeuer mit der Behauptung gefordert hatten, daß sie diese Abgaben in der irrigen Meinung, sie seien Grundabgaben und die Standesherrschaft zu deren Bezug berechtigt, geleistet hätten.[118] Begründet wurde die Zuständigkeit des Civilrichters allerdings damit, daß über die Zuständigkeit die Klagebegründung entscheide und daß diese die Behauptung einer irrthümlichen Erfüllung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit enthalte. Allein auch wenn die Kläger nicht behauptet hätten, in der Meinung eine privatrechtliche Grundabgabe zu leisten gewesen zu sein, sondern irrthümlich ohne Rechtspflicht eine Steuer an die nicht mehr zum Bezug von Steuern berechtigte Standesherrschaft entrichtet zu haben, wäre das Civilgericht zuständig gewesen.

5) Ein Streit darüber, ob einer Grundfläche ein Markungsrecht zustehe, oder ob ein Grundstück einem bestimmten Markungsverbande zugehöre, ist stets, auch wenn sich hiebei auf Vertrag oder Verjährung berufen wird, der Streit über ein öffentliches Recht, und nicht zur Entscheidung der Civilgerichte geeignet.[119] Wohl aber können bezüglich der auf dem Markungsverband beruhenden Rechte und Pflichten durch Vertrag und die denselben gleichstehen-

---

[118] Seuffert, Archiv IV, S. 411.

[119] Dieses Archiv Bd. II, S. 137, 142, 143, insbes. S. 148 (Note). Eine andere Ansicht hatte das OAG. in Kassel. Seuffert, Archiv Bd. V, S. 281, vgl. hiegegen dieses Archiv a. a. O. S. 143 in der Note. Ein Streit über die Eigenthumsgrenze der Gemeindegüter, welcher unzweifelhaft eine Privatrechtssache ist, kann wohl präjudiziell für die Markungsgrenze sein; allein der Streit selbst ist wesentlich von dem Streit über die Markungsgrenze zu unterscheiden, wie umgekehrt der Markungsstreit präjudiziell für Ansprüche sein kann, die, wie die Frage über Ablösbarkeit einer Schafweide nach dem Schäfereigesetz an den Civilrichter gewiesen sind. Dieses Archiv a. a. O. S. 146.

den Titel Ansprüche und Verbindlichkeiten begründet werden, welche als außerhalb des öffentlichen Rechtes liegend, privatrechtlicher Natur sind. Außer den schon erwähnten Fällen der vertragsmäßigen Einräumung des Rechtes auf einen öffentlichen Weg und der vertragsmäßigen Einräumung der Steuerfreiheit kann namentlich das öffentliche Weiderecht durch Vertrag oder andere Titel eine Ausdehnung oder Beschränkung erhalten, welche nur als Privatrecht denkbar ist, z. B. durch den Vorbehalt eines Uebertriebsrechtes der Gemeinde auf einer aus dem bisherigen Markungsverband ausgeschiedenen Fläche oder durch die ausnahmsweise Befreiung eines Grundstückes von dem öffentlichen Weiderecht. Daß im ersten Falle die Gerichte zuständig sind, hat der Geh. Rath ausgesprochen.[120] Auch im letzteren Falle würde das Recht des ausgenommenen Grundstückes sich nur als ein das öffentliche Recht der Gemeindeweide beschränkendes Privatrecht denken lassen und folgerichtig seine Geltendmachung vor den Civilrichter gehören.

6) Abweichend von der Regel, daß über die Pflicht zu Leistungen für öffentliche Zwecke nicht die Civilgerichte entscheiden, ist eine ganze Klasse von Streitigkeiten über solche Leistungen unzweifelhaft und nach einer konstanten Praxis an die Civilgerichte gewiesen. Es sind dieß die Leistungen für die bauliche Unterhaltung und Herstellung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude, auch der Kirchhöfe, die Besoldungen von Geistlichen und Lehrern, soweit dieselben, wie man dieß gewöhnlich ausdrückt, auf privatrechtlichen Gründen (auf Privatrechtstiteln) beruhen. Es ist hierüber eine so eingehende und erschöpfende Darstellung der gegenwärtigen Praxis aus der Feder des Herrn Mitherausgebers im II. Bande dieses Archivs (S. 1—42) veröffentlicht, daß jedes weitere Eingehen hierauf nur eine Wiederholung sein könnte. Doch mag es gestattet sein,

---

[120] Dieses Archiv Bd. VI, S. 392 und 393.

von dem Standpunkte der gegenwärtigen Untersuchung aus noch einige allgemeine Bemerkungen anzufügen, welche den Zweck haben, die bezüglich der bezeichneten Leistungen befolgte Praxis auch für die andern Leistungen für öffentliche Zwecke, für die Armenunterstützung, für die öffentlichen Wege u. s. f. festzustellen und auf das Prinzip, auf welchem diese ganze Untersuchung beruht, zurückzuführen.

Nicht jede Leistung zu öffentlichen Zwecken ist von selbst der Ausfluß einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit. Einmal gibt es zahlreiche Leistungen zu öffentlichen Zwecken, welche überhaupt **res merae facultatis** sind, weil sie vermöge der allgemeinen Aufgabe des Staats oder öffentlicher Korporationen, oder von Einzelnen aus freiem Ermessen, in Erfüllung sittlicher Forderungen gemacht werden. Sodann aber sind auch Leistungen zu öffentlichen Zwecken in Folge einer Rechtspflicht denkbar, welche nicht in einem öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsverhältniß ihren Grund haben. Dieß ist von selbst klar, wenn ein Einzelner rechtlich verpflichtet ist, außerhalb der allgemeinen Abgabenpflichten (oben Ziffer 5) einen Vermögensaufwand für öffentliche Zwecke ganz oder theilweise zu tragen. Eine solche Verpflichtung kann nur durch Thatsachen begründet werden, welche nach den Grundsätzen des Privatrechts eine Obligation erzeugen. Sie setzt also stets einen sog. Privatrechtstitel voraus. Aber nicht der Grund, aus welchem der Einzelne verpflichtet ist, nicht der Umstand, daß eine nach privatrechtlichen Grundsätzen verpflichtende Thatsache behauptet ist, hat die Zuständigkeit des Civilrichters bei einem Streit über eine solche Verbindlichkeit zur Folge. In diesem Falle müßte jede solche Thatsache die Zuständigkeit des Civilrichters begründen, während anerkannt ist daß dieselben Thatsachen auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wirken können. Vielmehr ist der Grund darin zu suchen, daß die Verbindlichkeit selbst und der gegenüberstehende Anspruch, das Rechtsverhältniß, ein privatrechtliches ist, sofern es auf ein Vermögensrecht gerichtet

und nicht aus den Grundsätzen über die rechtlichen Genossenschaftspflichten zu beurtheilen ist. Da nun der Staat und die öffentlichen Korporationen wie der Einzelne, handlungsfähige Vermögenssubjekte sind und als solche den Einzelnen bezüglich der Beurtheilung ihrer Rechte und Pflichten gleichstehen, so ist es möglich, daß auch sie Verbindlichkeiten zu Leistungen für öffentliche Zwecke haben, welche nicht aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabe folgen, sondern rein privatrechtlicher Natur sind. Die Abgrenzung beider Gebiete beruht ebendeßhalb stets auf der Vorfrage, ob im einzelnen Fall eine Leistung vermöge des Genossenschaftsverbandes gefordert, beziehungsweise zu einem in der publizistischen Aufgabe der verpflichteten juristischen Personen liegenden Zweck gefordert wird oder nicht. Im ersten Falle ist das Rechtsverhältniß ein öffentlich-rechtliches und bleibt es, auch wenn auf dasselbe die sog. Privatrechtstitel ihre Wirkung äußern. Denkbar ist es allerdings, daß neben das öffentliche Recht noch ein besonderes Privatrecht mit Einem und demselben Zwecke durch besonderen Vertrag gestellt wird. Allein in diesem Falle sind es zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, welche vollkommen unabhängig nebeneinander bestehen und bezüglich der Zuständigkeit im Streitfalle ihrem eigenen Gesetze folgen. — Die Formel, nach welcher ein sog. Privatrechtstitel eine Leistung für öffentliche Zwecke zu einer Privatrechtssache umwandeln soll, ist hiernach nicht genau und führt zu Unrichtigkeiten, worauf schon oben vielfach hingewiesen wurde. Die Verbindlichkeit zu Leistungen für öffentliche Zwecke ist eine privatrechtliche und Gegenstand der Civilrechtsprechung, wenn sie nicht aus dem Genossenschaftsverband und nicht aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Staats oder einer öffentlich-rechtlichen Korporation nach dem heutigen öffentlichen Rechte folgt. Hiernach läßt sich der Grundsatz noch kürzer dahin feststellen, daß jede Verbindlichkeit zu Leistungen für

öffentliche Zwecke, welche in Abweichung von dem bestehenden öffentlichen Rechte, als nicht aus dem heutigen öffentlichen Rechte folgende Ausnahme von der Regel desselben sich darstellt, ein Privatrechtsverhältniß und nur als solches denkbar ist. Ohne Schwierigkeiten ist die Anwendung dieses Grundsatzes, wenn es sich um Leistungen für öffentliche Zwecke handelt, für welche das öffentliche Recht das Subjekt bestimmt hat, welchem sie obliegen, wie dieß bezüglich der öffentlichen Wege, der Kirchen- und Schulbedürfnisse, der Armenzwecke, der Kirchhöfe, der Leistungen für Militärzwecke der Fall ist. Es folgt hieraus von selbst, daß jede derartige Verpflichtung, welche einem nach dem öffentlichen Rechte hiezu nicht verpflichteten Subjekte obliegt, eine privatrechtliche und nur als solche denkbar ist. Eine Schwierigkeit machen nur diejenigen Fälle, in welchen das frühere und das heutige öffentliche Recht von einander abweichen und insbesondere das in Anspruch genommene Rechtssubjekt oder öffentliche Vermögen in eine andere rechtliche Stellung gekommen ist, als es zur Zeit des thatsächlichen Beginns der Leistungen einnahm. Dieß trifft zu, 1) wenn eine Landesherrschaft früher vermöge der Landeshoheit Leistungen für öffentliche Zwecke gemacht und eine Pflicht hiezu anerkannt hat, welche nach heutigem öffentlichem Rechte aufgehört hat, eine Obliegenheit derselben zu sein, sei es a) weil sie ihre Landeshoheit verloren hat, oder b) weil der Zweck aufgehört hat, ein öffentlicher zu sein, was beispielsweise bezüglich der Kirchenbaulast denkbar ist, wenn die Trennung von Kirche und Staat nicht nur auf dem Papier, sondern in ihren praktischen Konsequenzen durchgeführt werden will, oder c) weil das heutige öffentliche Recht ein leistungspflichtiges Subjekt bezeichnet, während die Leistungspflicht nach dem früheren öffentlichen Rechte keinem bestimmten oder einem andern Subjekte oblag; ein Beispiel hiefür ist die Armenunterstützung, welche erst neuerdings allgemein als Gemeindelast erklärt ist, während

früher dieselbe vielfach andern Genossenschaften, z. B. den Klöstern oblag. 2) Dieselbe Schwierigkeit liegt vor, wenn ein zu einem öffentlichen Zweck besonders ausgeschiedenes Vermögen mit Verlust seiner Selbstständigkeit in den Besitz einer juristischen Person gelangt und mit ihrem Vermögen vermischt worden ist, wobei sehr häufig einer der unter 1) bezeichneten Vorgänge hinzugetreten ist, wie die Mediatisirung einer Standesherrschaft, welche ein kirchliches Vermögen inkammerirt hatte.

Daß außer den unter 1 und 2 genannten Fällen die Verbindlichkeit eines nicht nach dem öffentlichen Rechte hiezu verpflichteten Subjekts zu Leistungen für öffentliche Zwecke, auch wenn dasselbe der Staat oder eine öffentliche Korporation ist, nur als Privatrecht denkbar ist und ein Streit hierüber vor den Civilrichter gehört, ist allgemein anerkannt. Insbesondere hat diese Folge aus dem Prinzip das Obertribunal bezüglich der Wegbaulast in einem Spezialfall mit aller Schärfe ausgesprochen.[121]

[121] Seuffert, Archiv Bd. IV, S. 404. „Wird in Absicht auf eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zwischen dem Pflichtigen und dem Forderungsberechtigten eine Uebereinkunft getroffen, wodurch jene Verbindlichkeit auf irgend eine Weise modifizirt wird, so ändert dieß nichts an der Natur des Gegenstandes." „Anders aber verhält es sich, wenn der Pflichtige behauptet, eine gesetzliche Verbindlichkeit, welche ihm obläge, sei durch Vertrag oder Verjährung auf einen dritten übergegangen und wenn hieraus abgeleitete Ansprüche Gegenstand des Streits bilden. Das Rechtsverhältniß kann nur ein privatrechtliches sein." (Entsch. v. 10. Okt. 1846). Wenn in der bei Schäfer, Civilprozeß S. 77, abgedruckten Entscheidung vom 24. Dez. 1857 das Obertribunal die Unzuständigkeit der Civilgerichte in einem Falle ausgesprochen hat, in welchem zwei Gemeinden sich über die Wegunterhaltung der auf ihren Markungen belegenen Wege in einer Weise verständigt hatten, daß sie zum Theil auch auf der Markung der andern Gemeinde den Weg bahnten, so steht dieß mit der obigen Darstellung nicht im Widerspruch. Das Obertribunal nahm offenbar mit Recht an, daß sich diese Leistungen trotz des Vertrages als öffentlich-rechtliche, in der Gemeindeaufgabe liegende, darstellen. Ueber die Leistungspflicht für Kirchhöfe vgl. Seuffert, Archiv IV, 417.

Nicht ganz übereinstimmend hiemit ist jedoch die Praxis in den Fällen 1 und 2. Vom Standpunkte des heutigen öffentlichen Rechts aus liegt in diesen Fällen stets die Sache so, daß ein anderes Subjekt zu der Leistung für den öffentlichen Zweck verpflichtet ist, als dasjenige ist, welchem nach heutigem öffentlichen Rechte diese Leistung obliegt.

Gleichwohl macht hinsichtlich der Leistung für Kirchen- und Schulzwecke die Praxis einen Unterschied, für welchen es schwer sein wird, einen zureichenden Grund zu finden. Sie erklärt nämlich den Anspruch für einen öffentlich-rechtlichen und die Civilgerichte für unzuständig, wenn „ein Anspruch auf Verfügungen und Zusicherungen des Landesherrn in seiner Eigenschaft als Staats- oder Kirchenoberhaupt gestützt werde.“ [122] Es ist hiemit das Hereingreifen eines früheren öffentlichen Rechtes in die Gegenwart anerkannt, was nicht unbedenklich ist. Wollte man konsequent sein, so müßte man alsdann auch in denjenigen Fällen, in welchen ein Patron vermöge des früheren öffentlichen Rechtes das Vermögen einer Kirche eingezogen hat oder in welchem dasselbe mit Zustimmung der Oberkirchengewalt einem Kloster inkorporirt wurde, die Zuständigkeit des Civilrichters ausschließen. Denn im letzteren Fall ist es lediglich eine kirchenrechtliche Bestimmung, die bekannte Stelle des Concilium tridentinum, welche diesem Vermögen seinen kirchengenossenschaftlichen Verband gewahrt hat und dessen Besitzer mithin ebenso aus einem öffentlich-rechtlichen Grund für verpflichtet erklärt wird, wie nach dieser Thesis der Besitzer einer Standesherrschaft, auf welche vermöge der Verfügung eines früheren Besitzers derselben als Landesherrn und vermöge der Landes- und Kirchenhoheit die Baupflicht übernommen wurde. Diese auch von dem Herrn Mitherausgeber in dem schon erwähnten Aufsatze erkannte In-

[122] Dieses Archiv a. a. O. II, S. 20.

konsequenz [123] wird durch die von ihm gemachte Unterscheidung nicht beseitigt, ob „die Absicht des Landesherrn, eine privatrechtliche Baupflicht auf das eingezogene Vermögen zu übernehmen, unzweideutig zu Tag getreten sei." Denn es wird schwierig, wenn nicht unmöglich sein, diese Absicht im einzelnen Fall zu ermitteln, da die Inkammerationen in einer Zeit erfolgt sind, in welchen der inkammerirende Landesherr diesen erst dem heutigen Rechte angehörigen Unterschied schwerlich kannte und im Zweifel sich nur darüber klar war, daß die Einkünfte der Hauptsache nach ihrer bisherigen Bestimmung nicht ganz entzogen werden sollen. Niemand wird aber sagen können, ob der Landesherr sich bei dieser Absicht eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Last gedacht habe. Gegen die von dem K. Obertribunal gemachte Unterscheidung erhebt sich noch das weitere Bedenken, daß hiernach die öffentlich-rechtliche Natur einer Verbindlichkeit durch die Stellung des Landesherrn, welcher verfügt hat, bedingt sein solle. Der Landesherr war als solcher zugleich Vertreter des heutigen Fiskus, der privatrechtlichen Persönlichkeit des Staates, und wenn er das Vermögen desselben vermöge seiner Landeshoheit durch die Anerkennung einer Baulast mit derselben belastete, so war dieß eine vermögensrechtliche Verfügung, mithin um so wahrscheinlicher auf die Konstituirung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit im heutigen Sinne gerichtet, als man sich damals die Rechtspflichten überhaupt nur in der Form von Privatrechten und zwar in der Regel von Reallasten vorstellte. Wenn in einem einzelnen Falle eine bleibende Verbindlichkeit zu derartigen Leistungen als konstituirt anzunehmen ist, so liegt einer der oben unter Ziffer II. bezeichneten Fälle vor, mag der Verpflichtungsakt die Verfügung eines Landesherrn oder eines Patrons, der keine Landeshoheit besaß, oder eines Klosters unter Zustimmung der Oberkirchenbehörde ge-

[123] A. a. O. S. 22, insbes. Note 15.

wesen sein.[124] Ein Streit hierüber gehört hiernach, wenn man anders auf Folgerichtigkeit Anspruch macht, vor den Civilrichter.

Diese Auffassung hat auch neuerdings in einer gesetzlichen Bestimmung Anerkennung gefunden. Nach Art. 1 des Ges. vom 19. April 1865, betr. die Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke, fallen unter dasselbe Leistungen für öffentliche Zwecke, namentlich für Kirche, Schule, Armenunterstützung, welche mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Lasten verknüpft und nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet sind. Nach Art. 12 haben die Gerichte alle Streitigkeiten über das Dasein, den Umfang, die rechtliche Natur und die Ablösbarkeit einer unter das Gesetz fallenden Leistungsverbindlichkeit zu entscheiden. Es sind den Gerichten hiemit auch solche Fälle zur Entscheidung zugewiesen, für welche nach der bisherigen Praxis des Obertribunals die Gerichte nicht für zuständig erklärt worden waren und die gesetzgebenden Faktoren waren sich hiebei vollkommen bewußt, daß diese gesetzliche Bestimmung mit der bestehenden Praxis des Obertribunals nicht im Einklang steht. Die Begründung derselben sowohl in dem

---

[124] Eine andere dem materiellen Rechte angehörige Frage ist, ob die Inkammeration von Kirchenvermögen durch den Landesherrn im einzelnen Fall das eingezogene Vermögen mit der Verbindlichkeit belastet, oder ihm seine Bestimmung erhalten hat, den bis dahin von ihm getragenen Aufwand für Kirchen-, Schul- oder Armenzwecke auch fortan und für ewige Zeiten zu tragen. Für die Beurtheilung dieser Frage ist die Stellung des Landesherrn von wesentlichem Einfluß. Vermöge der ihm zukommenden Gesetzgebungsgewalt ist seine Verfügung hierüber mit einer das frühere Verhältniß des inkammerirten Vermögens vollkommen novirenden Wirkung entscheidend, woraus für die Verhältnisse des evangelischen Kirchengutes unzweifelhaft folgte, daß an dasselbe Ansprüche für kirchliche Zwecke und Armenunterstützung nur insoweit gemacht werden können, als sie in den die Errichtung desselben bei der Reformation begleitenden Verfügungen der Kastenordnung von 1536, der

Kommissionsberichte als bei der Berathung in den Kammern [125] führt unmittelbar auf die hier allgemein vertheidigte Ansicht. Es wurde bei den Berathungen an die Stelle des im Entwurfe gebrauchten Ausdruckes „privatrechtliche Leistungen für öffentliche Zwecke" der Ausdruck gesetzt: „welche nicht in den heutigen staats- (öffentlich)- rechtlichen Verhältnissen begründet sind" und zwar nicht etwa mit dem Gedanken, hiedurch den Wirkungskreis des Gesetzes über die Intention des Entwurfes auszudehnen, sondern nur, weil die Gerichte eine Klasse solcher Ansprüche, welche als privatrechtliche zu betrachten seien, nicht als solche anerkennen. Folgerichtig können auch Ansprüche aus Staatsverträgen für öffentliche Zwecke, z. B. aus dem Reichsdeputationshauptschluß von 1803, sofern sie in Abweichung von dem heutigen öffentlichen Rechte begründet sein sollen, nur in der Form von Privatrechten gedacht und nur bei dem Civilrichter verfolgt werden. [126]

Landesordnung von 1536, der großen Kirchenordnung von 1559, und der Kastenordnung vom 2. Jan. 1615 begründet sind, und daß dasselbe insbesondere nicht zur baulichen Unterhaltung einzelner Kirchen nach den Grundsätzen des Conc. trid. beigezogen werden kann. Wenn dieses Resultat auch im Erfolg mit den von dem K. Obertribunal ergangenen Entscheidungen über Ansprüche an das evang. Kirchengut übereinstimmt, (vgl. dieses Archiv, Bd. II. a. a. O., S. 22—26, Bd. XIV, S. 1 u. f.) so dürften doch die ergangenen Inkompetenzerklärungen hiernach formell nicht über jeden Zweifel erhoben sein.

[125] Vergl. insbes. Kommissionsbericht zu dem Entwurf von 1849, Verh. d. K. d. Abg. von 1848/49, Beil.-Bd. Abth. I, S. 972, Kommiss.-Bericht zu dem Entw. von 1865, Verh d. K. d. Abg. von 1864/65, Beil.-Bd. I, S. 2059, Prot.-Band III, S. 1963, Steinheil, Handausgabe des Ges. vom 19. April 1865, S. 69—77.

[126] Wenn diese Ansicht zur Zeit noch vielfach auf Widerspruch stoßen wird, so liegt der Grund in der verschiedenen Auffassung über Dasjenige, was öffentliches Recht ist. Auch eine sog. Rechtsquelle des öffentlichen Rechtes kann Privatrechte erzeugen; auch sog. Privatrechtstitel können öffentliche Rechte bestimmen. Staatsverträge

7) An die bezeichneten Fälle der Zuständigkeit des Civilrichters bei Streitigkeiten über Leistungen für öffentliche Zwecke schließt sich noch ein besonderer Fall, welcher wiederum nur in der eigenthümlichen Erscheinung des Hereingreifens vergangener Rechtszustände in die Gegenwart seine Erklärung findet. Es ist dieß die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten über Patronatrechte. Das Recht zur Präsentation oder Ernennung eines Geistlichen ist insolange, als Staat und Kirche nicht getrennt sind, eine Kirche als staatliche Korporation anerkannt ist, ein von der Kirchen- und Staatsgewalt auszuübendes Recht und das öffentliche Recht hat die Behörden und die Formen seiner Ausübung zu bestimmen. Es war jedoch bekanntlich vor der Entwicklung des heutigen öffentlichen Rechtes und ist, soweit das kanonische Recht noch gilt, noch heute die Erwerbung dieses Rechtes von Einzelnen oder Korporationen in der Form einer durchaus die Natur eines Privatrechtes annehmenden Befugniß möglich, was erklärt, daß auch vermögensrechtliche Vortheile hiemit verbunden sind (der Anspruch auf Alimentation aus Kircheneinkünften 2c.) Daß bei Streitigkeiten über dieses Recht, obwohl hiebei nicht selten gerade die öffentlichen Normen des Kirchenrechtes entscheidend

---

sind nichts anderes als besonders qualifizirte Gesetze und alle Gesetze, auch die privatrechtlichen, sind öffentliche Rechtsquellen. Man wird nie auf einen sicheren Boden in der Kompetenzgrenze gelangen, so lange man sich an diese zufällige Unterscheidung nach den Rechtsquellen hält. Das öffentliche und das Privatrecht unterscheiden sich nicht durch die Natur ihrer Erkenntnißquellen, sondern durch den Rechtsstoff, welchen sie ordnen; das subjektive Recht ist öffentliches oder Privatrecht vermöge seines inneren Wesens und nur soweit dieses innere Wesen durch den Entstehungsgrund beeinflußt ist, insoweit bildet derselbe ein Merkmal der Natur des subjektiven Rechtes. In dem in diesem Archiv III, S. 159, mitgetheilten Fall wäre hiernach die Unzuständigkeitserklärung des Obertribunals nicht wohl zu rechtfertigen. Vgl. unten §. 6, Note 132.

sind, die Civilgerichte zuständig sind, folgt aus dem Grundsatze und ist anerkannt.[127]

§. 5. Die wirklichen Ausnahmen.

Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, welche unzweifelhaft privatrechtlicher Natur sind, können aus besonderen Zweckmäßigkeitsgründen durch das positive Recht der Rechtsprechung der Civilgerichte entzogen sein. Nach dem heutigen württembergischen Rechte[128] bestehen nur zwei solche Ausnahmen:

1) Nach §. 103 und 104 der für die Städte Stuttgart und Ludwigsburg gegebenen Gesindeordnung vom 27. Okt. 1819 ist die Entscheidung der in Dienstbotensachen entstehenden Streitigkeiten, „sofern nicht wichtige Entschädigungsforderungen zur Klage kommen, die zur Verweisung in den ordentlichen Rechtsweg sich eignen," den Polizeibehörden übertragen.[129]

2) Nach Art. 45 und 46 des Ges. vom 14. März 1853, betr. die Allg. Brandversicherungsanstalt, ist die Zuständigkeit der Civilgerichte nicht nur bei Streitigkeiten

---

[127] Seuffert, Archiv IV, S. 413. Die Frage, ob es in Württemberg ein öffentlich-rechtliches Patronat gibt, möchte bezüglich der katholischen Kirche zu verneinen sein, nachdem durch den Art. 2 des Ges. vom 30. Jan. 1862 das Ernennungsrecht des Staates zu katholischen Kirchenstellen mit Ausnahme der Anstellung von Geistlichen beim Militär und öffentlichen Anstalten aufgegeben und nur soweit „besondere Rechtstitel" nachgewiesen, also insbesondere durch die Uebereinkunft vom 9. März 1858 anerkannt sind, staatliche Patronatsrechte bestehen. Diese Patronatsrechte übt hiernach der Staat nicht als öffentliche Gewalt, sondern vermöge eines auf besonderem Titel beruhenden Individualrechtes, wie dieses Recht auch Einzelne ausüben.

[128] In Bayern sind die Miethstreitigkeiten an die Polizeibehörden gewiesen. Brater a. a. O., S. 27.

[129] Die früher von dem Obertribunal angenommene Unzuständigkeit bei Streitigkeiten über Gewerbelehrverträge, dieses Archiv III S. 93, ist durch Art. 64 der Gew.-O. vom 12. Febr. 1862 beseitigt.

über die Theilnahme an der Anstalt und die Größe des Beitrags, sondern auch über die Ansprüche auf Entschädigung wegen Brandschaden ausgeschlossen, obwohl dieselben an sich unzweifelhaft privatrechtlicher Natur sind.[130]

Eine Ausnahme von der Regel dahin, daß die an sich nicht begründete Zuständigkeit der Civilgerichte ausdrücklich ausgesprochen ist, enthält der Art. 9 des Gesetzes vom 28. Aug. 1849, betr. das Verfahren und die Haftverbindlichkeit der Gemeinden bei Zusammenrottungen und Aufruhr. Als eine Ausnahme ist es nicht zu betrachten, daß ein Streit über die Verbindlichkeit der Gemeinde zum Schadenersatz an die Beschädigten und den Rückgriff der Gemeinde an andere Personen an die Gerichte gewiesen ist, sofern dieß unzweifelhaft privatrechtliche Folgen strafbarer Handlungen sind. Auch die Haftpflicht der Gemeinde für den Schaden beruht auf der Annahme einer Schuld der Gemeindegenossen und spricht eine gesetzliche Bürgschaft der Gemeinde für die Handlungen Anderer aus. Eine mit den sonstigen Grundsätzen über die Kompetenzgrenze im Widerspruch stehende Bestimmung ist es aber unzweifelhaft, wenn auch Streitigkeiten über die Verbindlichkeit der Gemeinde zur Bezahlung der Kosten der zum Schutze der Gesetze aufgebotenen bewaffneten Macht und die Austheilung der durch den Rückgriff erhaltenen Summen an die Gerichte verwiesen werden.

---

[130] Daß Theaterkontrakte wie andere Privatdienstverträge als solche nur privatrechtliche Rechte und Pflichten erzeugen, ist selbstverständlich. Die öffentlich-rechtliche Stellung der Theaterdirektionen kann jedoch hierin die Natur des Rechtsverhältnisses ändern, so bei den Hoftheatern. Auf der besonderen Stellung der Theaterdirektion beruht auch die Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes gegen die civilgerichtliche Zuständigkeit in dem bei Seuffert, Archiv IX, S. 104—109 mitgetheilten Rechtsfall, wodurch die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Diener auf das bei dem Hof- und Nationaltheater in Mannheim angestellte Personal für anwendbar erklärt wurden.

§. 6. Die Connexität von Civil- und Verwaltungsrechtsstreitigkeiten und die Konkurrenz der Civilrechtsprechung und der Verwaltungsrechtspflege.

Wenn man als das allgemeine Resultat der vorstehenden Erörterungen den Grundsatz bezeichnen kann, daß die Natur des subjektiven Rechtes, über welches gestritten wird, die Kompetenz bestimmt, so folgt hieraus, daß eine Konkurrenz der Civilrechtsprechung und der Verwaltungsrechtspflege nicht denkbar ist. Entweder muß der Civilrichter oder das Verwaltungsgericht zuständig sein. Hiedurch ist nicht ausgeschlossen, daß eine Civilrechtssache, d. h. ein Streit über ein subjektives Recht privatrechtlicher Natur mit einer Verwaltungsrechtssache in einem äußeren oder inneren Zusammenhang steht oder umgekehrt. Nur ist hiebei stets daran festzuhalten, daß dieser Zusammenhang keinen Einfluß auf die Zuständigkeit des Civilrichters hat und seine prozessualische Wirkung niemals in einer Verrückung der Zuständigkeitsgrenze bestehen kann. Dieß wird keine Untersuchung erkennen lassen, welche nicht von dem Begriffe des subjektiven Rechtes als Gegenstand der Rechtsprechnng ausgeht. So ist es mehr als ungenau und geradezu verwirrend, wenn Brater eine „Kategorie" von Fällen annimmt, in welchen ebensowohl die Zuständigkeit der Justizbehörden als jene der Verwaltungsbehörden begründet sei. Dieß hat gerade ebensoviel oder sowenig Berechtigung, als wenn man sagen wollte, es gebe eine Kategorie von Fällen, in welchen ebensowohl die Zuständigkeit der Civilgerichte als der Strafgerichte begründet sei. Wie eine und dieselbe Handlung ein strafgerichtliches und ein civilprozessualisches Verfahren zur Folge haben kann, so kann eine und dieselbe Thatsache die Verletzung eines öffentlichen Rechtes und eines Privatrechtes sein;

aber deßhalb sind nicht beide, Civil- und Verwaltungsgericht, für denselben „Fall" zuständig, sondern es sind zwei Fälle, in welchen vielleicht auch der äußere Erfolg zusammentrifft oder von einander abweicht, welche aber in keiner Weise bestimmend auf einander wirken.[131] In diesen Fällen sind die Entscheidungen beider Behörden vollständig unabhängig von einander. Ihr scheinbarer Zusammenhang ist ein rein zufälliger. Durch die Verneinung eines privatrechtlichen Anspruches wird die Möglichkeit eines öffentlichrechtlichen Erfolges, welcher bei dem Civilrichter erreicht werden wollte, nicht ausgeschlossen und umgekehrt. Daraus, daß z. B. die Ansprüche auf die Almosenbeiträge des Staates von dem Administrativrichter abgewiesen wurden, folgte nicht, daß sie nicht als privatrechtliche vor dem Civilrichter verfolgt werden können und umgekehrt. Daraus, daß ein Standesherr in seiner Eigenschaft als Parochiane keinen Beitrag zu einem Kirchen- oder Schulbau zu leisten hat, folgt nicht, daß er hiezu nicht als Besitzer von kirchlichem Vermögen verpflichtet ist u. s. f.

Wo in Wahrheit zwei subjektive Rechte nebeneinander stehen, hat der Umstand, daß sie durch eine Handlung verletzt werden oder eines und dasselbe Interesse zum Gegenstand haben können, überhaupt keine rechtliche Wirkung. Dieselbe beginnt erst da, wo sie in einem inneren Zusammenhange steht. Dieß ist der Fall, wenn das Eine präjudiziell für das Andere, wenn das Eine durch das Andere bedingt ist. Auch für dieses Verhältniß ist übrigens einem häufigen Irrthum darüber zu begegnen, was als

[131] Von den Fällen, welche Brater a. a. O., S. 48 u. f. als Beispiele der Connexität von Civil- und Verwaltungsrechtssachen anführt, in welchen eine Rechtsprechung derselben konkurriren oder ein Konflikt zwischen beiden bestehen soll, sofern das „Privatrecht nicht geltend gemacht werden könne, ohne ein durch das öffentliche Recht geschütztes Interesse zu verletzen," gehören die meisten nicht hierher.

Präjudizialstreit zu bezeichnen ist. Die ganze Frage ist unrichtig gestellt, wenn man sie, wie Brater, dahin formulirt, ob „die Civilgerichte über den einer Civilprozeßsache präjudiziellen staatsrechtlichen Punkt" zu urtheilen befugt seien. So gestellt ist die Frage bald zu bejahen, bald zu verneinen. Sie sind befugt, über denselben zu urtheilen, wenn er sich zu einer Rechtsprechung durch eine Verwaltungsjustizbehörde, eine Straf- oder Disziplinarstrafbehörde nicht eignet; nicht befugt sind sie, wenn er sich hiezu eignet. Kein Präjudizialverhältniß liegt vor, wenn der „öffentlich-rechtliche Punkt" nicht so gestaltet ist, daß die Entscheidung einer anderen Behörde, die Entscheidung des Civilgerichtes bedingt. Der Civilrichter hat auch öffentlich-rechtliche Fragen in seinem Ressort zu beurtheilen, sofern er hiedurch nicht in die Rechtsprechung einer anderen Behörde eingreift.[132] So hat bei Beurtheilung der Giltigkeit eines Vertrages, welchen ein Vertreter des Staates als Fiskus oder einer öffentlichen Korporation in Vertretung ihrer privatrechtlichen Persönlichkeit abgeschlossen hat, der Richter selbstständig zu prüfen, ob bei Abschluß des Vertrages der gesetzliche Vertreter gehandelt hat. So ist es eine Frage des öffentlichen Rechtes, (ein „öffentlich-rechtlicher Punkt") ob ein Wasser öffentliches

---

[132] Nicht im Einklang hiemit steht allerdings das Erk. des Obertrib. vom 15. Febr. 1859. Dieses Archiv III, S. 159. Ein durch Pfandbestellung erworbenes Recht auf Bezug der Reichssteuer einer vormaligen Reichsstadt wurde gegen den Württ. Staat auf Grund des Vertrages mit Kaiser und Reich und die Erwerbung der Reichsstadt gerichtlich verfolgt. Das Obertribunal sprach die Unzuständigkeit des Civilrichters aus, soweit die Klage auf den letzten Grund gestützt sei, da sich der Kläger zum Beweise dieses Ueberganges auf Akte und Grundsätze des Staats- und Völkerrechts berufe. Hiedurch wurde aber das Privatrecht kein öffentliches Recht und es war nur eine öffentlich-rechtliche Frage, welche vielleicht zu verneinen war, als Theil der Entscheidungsgründe zu prüfen. Hierüber hätte der Civilrichter zu entscheiden gehabt.

oder Privateigenthum ist. Gleichwohl hat der Civilrichter hierüber zu entscheiden, wenn ein Anspruch auf Wasser erhoben ist, welches im Privateigenthum sein soll. Es ist eine öffentlich-rechtliche Frage, ob ein Gesetz, eine Verordnung oder ein Staatsvertrag in rechtlicher Wirkung steht. Daß aber der Civilrichter, wenn von dieser Frage eine innerhalb seiner Kompetenz liegende Entscheidung abhängt, sie selbstständig zu prüfen hat, hätte niemals in Zweifel gezogen werden sollen. [133]

Beispiele eines wirklichen Präjudizialverhältnisses sind: Der Besoldungsanspruch eines öffentlichen Dieners, welchem die Berufung auf eine Disziplinar- oder Strafmaßregel entgegengesetzt wird, die Forderung der Abgabenentrichtung durch einen Dritten statt des Abgabenpflichtigen, wenn die Abgabenpflicht bestritten ist, der Streit über eine zur Sicherstellung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches eingegangene Bürgschaft oder ein zu demselben Zweck bestelltes Pfand, wenn über die öffentlich-rechtliche Pflicht gestritten wird, der Streit über die Lokation einer öffentlichen Abgabe, wenn die Forderung bestritten ist, der Streit über die Giltigkeit eines auf die Uebertragung einer öffentlichen Berechtigung gerichteten Vertrages wegen behaupteter, aber bestrittener Unmöglichkeit dieser Uebertragung. Der unzweifelhafte Grundsatz der Civilgerichte ist in diesen Fällen, daß, sofern das Erkenntniß in dem Privatrechtsstreit durch die Entscheidung des öffentlich-rechtlichen Streites bedingt ist und diese vorliegt, sie als maßgebend anerkannt oder soweit eine solche zu erwarten ist, die Verhandlung und Entscheidung bis nach Beendigung des Administrativrechtsstreites ausgesetzt oder die

---

[133] Vergl. Gneist. „Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?" (Berlin 1863.) Seuffert, Archiv IV, S. 399. Insbes. auch v. Wächter, Archiv f. civ. Praxis, Bd. XXIV, S. 238, Note 12.

Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen wird. Der Grund hievon liegt übrigens, abgesehen von den in Württemberg noch nicht praktischen Fällen eines Besoldungsstreites und der Berufung auf eine disziplinäre Maßregel, nicht darin, daß der Richter verhindert wäre, nach eigenem Urtheil gleichwohl zu entscheiden,[134] sondern darin, daß er je nach der Beschaffenheit des Falles bei einem anderen Verfahren Gefahr lauft, ein unrichtiges oder inanes Erkenntniß zu fällen.

§. 7. Die Connexität eines Civilrechtsstreites und einer Verwaltungssache; die Konkurrenz der Civilrechtsprechung und Verwaltung.

Von einer Konkurrenz der Civilrechtsprechung und der Verwaltung, oder der Connexität einer Civilrechtssache und Verwaltungssache kann ebenso, wie von einer Connexität der Civil- und Verwaltungsrechtssache nur gesprochen werden, wenn das Urtheil des Civilrichters in dem Privatrechtsstreit durch eine Verwaltungsverfügung bedingt ist, ohne daß aber dieser Umstand auf seine Kompetenz Einfluß üben könnte. Ist vermöge der Natur eines im Streite befindlichen Individualrechtes der Civilrichter zuständig, so ändert der Zusammenhang desselben mit einer Verwaltungsfrage hieran nichts.[135] Soll das Recht der öffent-

---

[134] Der Art. 4 der württ. Civ.Pr.O. verweist hierüber kurz auf das bestehende Recht, während der Art. 5 bei präjudiziellen Ehesachen allerdings dem Richter gebietet, das Urtheil des Ehegerichtes als maßgebend anzuerkennen. Vgl. Brater a. a. O., S. 61.

[135] Nicht wenig hat zur Verwirrung der ganzen Lehre von der civilrichterlichen Kompetenz beigetragen, daß die in §. 2 erörterten Fälle als Fälle der Connexität einer Privatrechts- und einer Verwaltungsfrage behandelt wurden (vergl. namentlich Brater a. a. O., S. 48 u. f.), während in diesen Fällen nicht ein Privatrecht im Streite ist, sondern das besondere subjektive Recht, vermöge dessen das dem allgemeinen Interesse untergeordnete Privatrecht sich

lichen Gewalt die Unzuständigkeit des Richters zur Folge haben, so ist dieß nur denkbar, wenn kein subjektives Recht besteht oder das im Streit befindliche subjektive Recht seiner inneren Natur nach sich nicht vor den Civilrichter eignet. So ist in den in §. 2, Z. 1 erörterten Fällen, in welchen das Individualrecht dem öffentlichen Interesse weichen muß, nicht ein Privatrechtsstreit und eine öffentlich-rechtliche Frage connex, sondern nur die letztere besteht. Ebendahin gehören die Fälle, in welchen die Ausübung eines Privatrechtes, der Fischerei, der Jagd, des Weiderechtes, der Waldnutzungen vermöge einer den Inhalt des Rechtes selbst bestimmenden Beschränkung an die Genehmigung und die Anordnungen der Verwaltungsbehörden (Regiminal-, Feldpolizei-, Forstpolizeibehörden) gebunden ist. Dieß hindert sehr häufig nicht, daß derselbe Zweck auf beiden Wegen verfolgt wird; nur ist die civilrichterliche Entscheidung ganz unabhängig von der Verwaltungsverfügung und umgekehrt. Wenn z. B. Jemand durch die mit Ueberleitung schädlicher Dämpfe oder Stoffe auf sein Grundstück verbundene Einrichtung einer Fabrik sich verletzt erachtet, so kann er die polizeiliche Einschreitung nur aus einem Grunde des öffentlichen Interesses verlangen. Eine Ablehnung des Einschreitens hindert ihn aber nicht, wenn er ein privatrechtliches Einspracherecht hat, dieses im Wege der Civilklage zu verfolgen.[136] Der Eigenthümer ferner, welchem

---

gegen einen Eingriff behaupten will. Nicht über das Privatrecht, sondern darüber, wie, in welchem Umfang und in welcher Form ein Vermögensrecht im Konflikt mit dem höheren Recht der Gesammtheit zu schützen ist, wird in jenen Fällen entschieden.

[136] Eine Ausnahme hievon hat der §. 26 der deutschen Gewerbeordnung insofern gemacht, als derselbe die privatrechtliche Klage wegen Belästigung durch eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Einrichtung auf das Verlangen der Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen oder auf Schadloshaltung beschränkt, die Klage auf Einstellung des Betriebes aber nicht mehr zuläßt.

die Bauerlaubniß ertheilt worden ist, kann durch eine bei dem Civilrichter erhobene privatrechtliche Einsprache des Nachbars durch diesen daran verhindert werden. Umgekehrt ist die Ablehnung dieser privatrechtlichen Einsprache durch den Civilrichter nicht dadurch bedingt, daß die polizeiliche Bauerlaubniß ertheilt wird. Kein Gericht wird die Einrede gegen eine actio negatoria, daß die Klage unpraktisch sei, weil die Bauerlaubniß doch nicht ertheilt werde, berücksichtigen und derselben etwa die Wirkung einer Sistirung des Prozesses einräumen.

Wenn A. den B. an der Ausübung einer privatrechtlichen Waldweidegerechtigkeit verhindern will, so kann er hiegegen mit der negatorischen Klage bei dem Civilrichter auftreten. Er kann aber im einzelnen Falle denselben Zweck erreichen, wenn es ihm gelingt, gegen die Ausübung der Weide als mit den polizeilichen Vorschriften im Widerspruch stehend, z. B. wegen Verhängung des Waldes ein Verbot der Forstpolizeibehörde zu erwirken. Die letztere Verfügung beeinflußt der Regel nach das Erkenntniß des Civilrichters so wenig als dieses die Forstpolizeibehörde berührt.[137]

Ebendeßhalb liegt im Fall der Erlassung einer polizeilichen provisorischen Maßregel keine Konkurrenz der Verwaltung und des Civilgerichts vor. Die Polizeibehörde kann eine provisorische Verfügung nicht zum Schutze eines Privatrechtes, sondern nur aus Gründen

[137] Eine Ausnahme findet nur im Falle einer ausnahmsweisen Ausdehnung des Privatrechtes über die polizeilichen Beschränkungen seiner Benützung, der sog. privatrechtlichen Kulturbeschränkungsbefugniß statt (vgl. oben §. 3, S. 44.) Diese Ausnahme wird aber nach Annahme des Weideablösungsgesetzes in Wegfall kommen. Bei der Fischerei, der Jagd und den Holznutzungen auf Waldboden bestehen, soviel dem Verfasser bekannt ist, derartige exceptionelle Erweiterungen des Privatrechtes über die von dem öffentlichen Interesse gezogenen Schranken überhaupt nicht.

des öffentlichen Wohles und zwar nur im Falle einer dringenden Gefahr für dasselbe erlassen. Unter diesen Voraussetzungen kann sich auch das Privatrecht nicht gegen die öffentlichen, von den Verwaltungsbehörden zu handhabenden Interessen behaupten. Man hat mithin hier einen der schon oben erwähnten Fälle vor sich, in welchen auch das Privatrecht aufhört, den Schutz des Civilrichters zu genießen (§. 2, I). Inwieweit eine solche Verwaltungsmaßregel begründet ist oder nicht, steht hiernach nicht zu der Entscheidung des Civilrichters, wie umgekehrt die Entscheidung des Civilrichters im Falle eines Streites über das Privatrecht hievon ganz unabhängig ist. Eine Einwirkung der letzteren auf die provisorische Verfügung der Verwaltungsmaßregel findet nur in sofern Statt, als diese Entscheidung die thatsächlichen Voraussetzungen einer provisorischen Maßregel beseitigen kann. Dieß ist nicht nur dann möglich, wenn eine Entscheidung des Civilrichters rechtskräftig geworden ist, sondern auch wenn der Civilrichter innerhalb seiner Kompetenz eine provisorische Verfügung getroffen hat. Niemals aber kann sich der Civilrichter mit einer provisorischen Verfügung der Verwaltungsbehörde mit der Wirkung einer Aufhebung oder Abänderung derselben beschäftigen.[138]

---

[138] Vgl. über die provisorischen Maßregeln in Kirchenbausachen Dr. Kübel a. a. O. Dieses Archiv II, S. 34 u. f. Die zahlreichsten Fälle, in welchen die Verwaltungsbehörden in die Lage kommen können, provisorische Verfügungen zu treffen, sind die Fälle, in welchen über eine privatrechtliche Pflicht zu einer Leistung für öffentliche Zwecke gestritten wird, (§. 4, Ziffer 8) und die Leistung selbst im Interesse des öffentlichen Wohls nicht bis zum Austrag der Sache in Anstand bleiben kann. Auch die Verwaltung hat bei ihrer Verfügung die privatrechtlichen Beziehungen zu beachten, weil auch sie an das Recht gebunden ist; insbesondere ist sie zur Beachtung des Besitzstandes für verpflichtet erklärt. (Gutachten des Oberjustizkollegium vom 17. April 1816. Sarwey, Monatschrift Bd. III. S. 130). Allein es gibt keine Berufung gegen eine solche provisorische Verfügung an den Civilrichter (dieses Archiv II, S. 37).

Eine wirkliche Konnexität zwischen einer Civilrechtssache und einer Verwaltungssache findet abgesehen von dem bald nicht mehr praktischen Falle der privatrechtlichen Kulturbeschränkungsbefugnisse der Weideberechtigten (vgl. Note 137) nur Statt

1) bei einer gegen einen öffentlichen Diener gerichteten Entschädigungsklage wegen Schadenzufügung durch Verletzung seiner Amtspflichten (s. hierüber oben §. 3 Ziffer 5).

2) Wenn im Falle eines privatrechtlichen Streites über Leistungen zu öffentlichen Zwecken (oben §. 3, Ziffer 8) die Leistungspflicht nicht dem Betrage nach festgestellt ist, sondern sich nach dem Bedürfniß richtet, so ist klar, daß die Größe der Leistung und unter Umständen im einzelnen Falle die Leistung selbst davon abhängig ist, ob und in welchem Umfange das öffentliche Interesse den Zweck verlangt, zu dessen Ausführung die Leistung bedingt ist. Der wesentliche Inhalt der privatrechtlichen Leistungspflicht ist in dem allgemeinen Satze enthalten, daß dasjenige zu leisten ist, was zu Erreichung des bestimmten Zweckes nothwendig ist. Dieser privatrechtliche Inhalt der Pflicht kann bald bestimmter, bald allgemeiner gefaßt sein; er kann auf weitere oder engere Zwecke gerichtet sein. [139] Der Zweck

---

Folgerichtig muß man auch in den Fällen, wenn der Richter in die Lage kommt, eine provisorische Verfügung zu treffen, der Verwaltung selbst überlassen, die Konsequenz derselben für ihre Verfügung zu ziehen; nicht aber kann dem Civilrichter zustehen, seinerseits in dieselbe einzugreifen, was in den a. a. O. der Monatschrift S. 38 mitgetheilten Aeußerungen nicht ganz klar hervortritt.

[139] Hieraus erklärt es sich, daß je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles der Richter über eine Frage zu entscheiden hat, welche auch der Verwaltung zur Erledigung anheim fallen kann. Allein dieses Zusammentreffen ist nur ein scheinbares. Immer entscheidet der Richter über etwas Anderes, als die Verwaltung. Wenn z. B. ein Anspruch auf die Erweiterung der Kirche auf Kosten des Kirchenbaupflichtigen von diesem bestritten ist, so kann seine Weigerung entweder darauf gestützt sein, daß er nur zur Reparatur, nicht

bestimmt die Pflicht zur Leistung und für welche Zwecke die Leistungspflicht dient, hat der Civilrichter zu entscheiden. Aber ob eine Leistung zu Erreichung des die Pflicht umgrenzenden Zwecks nach den Verwaltungsgrundsätzen nothwendig ist, berührt die Civilrechtsprechung nicht. Hierüber kann nach dem Inhalt der privatrechtlichen Obligation selbst nur die Verwaltungsbehörde entscheiden, deren Aufgabe es ist, für diejenigen öffentlichen Einrichtungen zu sorgen, welche das öffentliche Interesse verlangt. Wenn also über die nach dem öffentlichen Bedürfniß zu beurtheilende Nothwendigkeit einer geforderten Leistung zu dem bestimmten öffentlichen Zwecke im Ganzen oder dem Betrag nach ein Streit ist, so kann dieser nicht von dem Civilrichter entschieden werden, derselbe hat vielmehr je nach den Umständen entweder die vorgängige Verfügung der zuständigen Verwaltungsbehörde abzuwarten oder seine Entscheidung so einzurichten, daß jener Verfügung nicht vorgegriffen wird oder das Urtheil nicht Gefahr lauft, gegenstandslos zu werden. — Auf die einzelnen möglichen Fälle hier einzugehen, liegt ein Grund um so weniger vor, als sie niemals erschöpft werden können und aus dem materiellen Rechte zu beurtheilen sind. Bezüglich der Leistungen für Kirchen- und Schulzwecke enthält die mehrerwähnte

---

zur Erweiterung verpflichtet sei, oder darauf, daß kein Bedürfniß der Erweiterung vorliege. Im ersten wie im zweiten Fall ist das Ergebniß die Verbindlichkeit zur Tragung der Kosten der Erweiterung oder die Befreiung von derselben. Allein der Richter, welcher über den ersten Punkt zu entscheiden hat, läßt hiemit den zweiten dahingestellt und umgekehrt. Gleichwohl stehen diese und ähnliche Fragen in einem solchen Zusammenhang, daß sehr häufig (vor der Ablösbarkeit dieser Lasten) der Richter über den privatrechtlichen Anspruch, ohne ein inhaltsloses Urtheil zu fällen, vor Erledigung der Verwaltungsfrage nicht entscheiden konnte, wie z. B. in dem Fall, wenn die Nothwendigkeit eines bestimmten öffentlichen Wegs bestritten war, dessen Unterhaltung von einem Dritten vermöge einer privatrechtlichen Pflicht zur Tragung des Aufwands auf die öffentlichen Wege einer Markung in Anspruch genommen wird.

Arbeit des Herrn Mitherausgebers eine in's Einzelne gehende Darstellung der Praxis des Obertribunals,[140] auf welche hier zu verweisen ist.

§. 8. Der Kompetenzkonflikt und der Einfluß der Parteibehauptungen auf die Zuständigkeitsfrage.

Ein Kompetenzkonflikt ist nach dem Ausgeführten überhaupt nur möglich, wenn das Verwaltungsgericht in Beziehung auf das einzelne zum Gegenstand eines Civilrechtsstreits gemachte subjektive Recht seine Zuständigkeit gegen den dasselbe für ein Privatrecht und daher seine Zuständigkeit behauptenden Civilrichter geltend macht oder gegen den die privatrechtliche Natur dieses Rechts und damit seine Zuständigkeit verneinenden Civilrichter verneint oder wenn die Verwaltungsbehörde gegen den Civilrichter bestreitet, daß ein subjektives, zur richterlichen Entscheidung sich eignendes Recht den Gegenstand des anhängigen Streites bilde. Hiebei können die im Widerspruch befindlichen Staatsorgane darüber einig sein, daß überhaupt nur ein rechtlicher Anspruch in Frage stehe, oder sie können auch darüber im Widerspruch sein, ob der geltend gemachte Anspruch die Möglichkeit eines andern, denselben Zweck verfolgenden Anspruchs offen lasse oder nicht. Das erste ist z. B. der Fall, wenn A behauptet, das vom Staat erworbene Nutzungsrecht an einem Bache sei ein Privatrecht, weil der Bach kein öffentliches Wasser sei, während das Verwaltungsgericht gegen den die Ansicht der Partei billigenden Civilrichter die öffentlich-rechtliche Natur des Wassers annimmt. Hier ist kein Zweifel, daß es sich nur um ein subjektives Recht handelt, welches, je nachdem das Wasser ein öffentliches oder Privatwasser ist, seiner innern Natur nach ein öffentliches oder ein Privatrecht ist. Der zweite

[140] Dieses Archiv a. a. O. S. 26, 34.

Fall liegt vor, wenn der Civilrichter davon ausgeht, daß mit der Entscheidung über das bei ihm in Streit gezogene subjektive Recht über ein zweites öffentliches, bei dem Verwaltungsrichter zu verfolgendes Recht nicht entschieden sei, während der Verwaltungsrichter die Trennbarkeit bestreitet, die Identität behauptet, oder umgekehrt. Dieß ist z. B. denkbar, wenn eine Gemeinde gegen eine andere auf Unterhaltung eines öffentlichen Weges auf Grund eines Vertrages bei dem Civilrichter klagt und der Civilrichter hierin eine von der öffentlich-rechtlichen Unterhaltungspflicht ganz unabhängige Verbindlichkeit erblicken will, während der Verwaltungsrichter davon ausgeht, daß der Vertrag nicht ein selbstständiges Recht erzeugt habe, sondern sich auf dem Boden der öffentlich-rechtlichen Pflicht beider Gemeinden zu deren Regelung bewege. Kein Kompetenzkonflikt ist es aber, wenn der Civil- und der Verwaltungsrichter darüber einig sind, daß die bei jedem derselben anhängig gemachte Klage zwei verschiedene Rechte, wenn gleich aus demselben Anlaß oder mit demselben Endzweck zum Gegenstand habe, auch wenn jeder derselben, der erste, weil er kein Privatrecht, der letztere weil er kein öffentliches Recht für erwiesen hält, die Klage abweist, oder wenn jeder derselben der Klage Statt gibt (vgl. §. 6). Daß hiebei stets das Vorbringen der Partheien von wesentlichem Einfluß auf die Kompetenzfrage ist, liegt auf der Hand. Eine weitere Erörterung der Lehre von den Kompetenzkonflikten gehört jedoch nicht hierher und was die Frage betrifft, welchen Einfluß das Vorbringen der Partheien auf die Kompetenz übt, so kann dieselbe eingehender, als dieß schon früher geschehen ist,[141] nur nach Feststellung der Grenze zwischen Verwaltungsjustiz und Verwaltung erörtert werden. Daß es keine Prorogation auf das Civilgericht in Fällen gibt, in welchen der Civilrechtsweg ausgeschlossen ist,[142] und

[141] Von Dr. **Kübel** dieses Archiv, V, S. 235 u. f.; von dem Verfasser, dieses Archiv XIV, S. 43.

[142] Dieses Archiv Bd. IX, S. 48.

daß der Civilrichter seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen hat, ist anerkannt.

Zur Lehre vom Armenrecht. Verpflichtung des Armenanwalts, die Sache zu vertreten.

Von Herrn Kreisrichter G. Pfizer in Ulm.

Der Grundsatz, daß dem Armen wie dem Reichen Recht zu sprechen sei, hat in Deutschland schon seit langer Zeit zu dem weiteren Satz geführt, daß einer Partei, welche bestimmten Erfordernissen der Prozeßgesetze wegen Armuth nicht zu genügen vermag, diese Anforderungen nachgelassen werden; und wohl ebenso alt ist der Grundsatz, daß einer solchen Partei nach Lage der Sache von Amtswegen ein Anwalt beigegeben wird, welcher seine Gebühren der Partei anzuborgen hat; wo Anwaltszwang besteht, ist die Aufstellung eines Armenanwalts ein nothwendiger Bestandtheil des Armenrechtes.

Eine bestrittene Frage dagegen ist es, ob die Behörde, bezw. das Gericht, welchem die Verwilligung des Armenrechtes zusteht, diese Verwilligung von einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der Sache abhängig machen dürfe oder solle. Die württembergische Civilprozeßordnung hat die Frage verneint; [1] ebenso verneint sie der (neue) Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, und die Verneinung erscheint mindestens da, wo die Verwilligung des Armenrechtes dem Prozeßgericht zusteht, schon aus dem Grund gerechtfertigt, daß das Gericht, welches sich vor der Verhandlung über die Rechtmäßigkeit eines Anspruches — wenn auch nur vorläufig und bedingt — ausspricht, leicht in eine schiefe Stellung zur Gegenpartei kommt.

Auch hat die sachliche Cognition für die Verwilligung

---

[1] Vergl. übrigens die Note am Schluß. (Anm. d. Red.)

des Armenrechtes allein, ohne Zutheilung eines Armenanwalts, keine große Bedeutung; das Interesse des Staates (wegen Sporteln u. dgl.) kann gegenüber der prinzipiellen Frage nicht in Anschlag kommen; der Privater aber hat an und für sich kein Recht, gegen grundlose oder muthwillige Angriffe geschützt zu werden und er wird sich — wie der Kommissionsbericht der Kammer der Abg. bemerkt — solcher Angriffe gewöhnlich leicht erwehren.

Etwas anders gestaltet sich die Sache auf dem Gebiete des Anwaltsprozesses; der Anwalt, dem die Führung der Sache der armen Partei zur Pflicht gemacht ist, darf, mag er den Anspruch seiner Partei für noch so unbegründet halten, den Prozeß nicht durch Verzicht, Vergleich oder Anerkenntniß erledigen; dieser in der Natur der Sache gelegene Satz ist ausdrücklich in der württ. Pr.O., Art. 168, Abs. 2, ausgesprochen und es wird anzunehmen sein, daß auch der deutsche Entwurf davon ausgeht, denn wenn derselbe auch den Unterschied zwischen General- und Spezialvollmacht nicht kennt, vielmehr der Partei, welche die Zulässigkeit der oben erwähnten Erledigungsarten ausschließen will, eine ausdrückliche Beschränkung der Vollmacht zur Pflicht macht, so ist doch nicht zu übersehen, daß die Bestellung als Armenanwalt keine Bevollmächtigung Seitens der Partei enthält. Tritt nun die arme Partei mit einem Anwalt auf, so wird sich die Gegenpartei, auch wenn kein Anwaltszwang besteht, regelmäßig veranlaßt sehen, auch ihrerseits einen Anwalt beizuziehen, wodurch ihr sofort mehr oder weniger erhebliche Kosten erwachsen, zu deren Ersatz ihr zwar der unterliegende Gegner rechtlich verpflichtet wird, welche sie aber gewöhnlich wegen dessen Mittellosigkeit wird auf sich leiden müssen.

Hierin liegt nun — die durchgängige sittliche Tüchtigkeit des Anwaltstandes vorausgesetzt — eine wirkliche Ungerechtigkeit gegen den Gegner der armen, ungerecht streitenden Partei, sofern diese besser gestellt ist, als der Reiche, der einen muthwilligen Streit führen will. Den

letzteren kann der Anwalt, wenn er die Sache für schlecht hält, mit seinem Gesuch um deren Uebernahme abweisen; wird derselbe von allen Anwälten aus diesem Grunde zurückgewiesen, so ist er in die Unmöglichkeit versetzt, seinen ungerechtfertigten Anspruch zu verfolgen, wogegen die arme Partei sicher wäre, ein Urtheil über ihre Forderung zu erlangen, wenn der Armenanwalt die Vertretung der Sache nicht ablehnen darf.

Handelt es sich um eine aus Gründen des Rechtes unhaltbare Sache, so wird allerdings für gewöhnlich die der Gegenpartei zugefügte Beschwerde nicht sehr bedeutend sein; allein bedeutend oder nicht: wenn der Staat in der Lage ist, einer gerechten Beschwerde vorzubeugen, so ist die Abhilfe seine Pflicht. — Die Sache kann aber auch mit anderen als rechtlichen Fehlern behaftet sein; um ein Beispiel aus dem Leben zu wählen, möge hier an einen in den letzten Jahren vor der Civilkammer des K. Kreisgerichtshofes in Tübingen verhandelten, in den öffentlichen Blättern mehrfach besprochenen Fall erinnert werden: Ein Bürger in Reutlingen, Besitzer eines Anwesens im Werth von 20 oder 40,000 fl., behauptete im Wirthshaus, ein Vertrag über Liegenschaft, der nicht vor der Obrigkeit, sondern im Wirthshaus geschlossen sei, sei ungiltig; ein anderer Gast widersprach, der Erstere erklärte, er lasse es auf die Probe ankommen, er verkaufe auf der Stelle dem Anderen sein Anwesen für 200 fl.; dieser ging darauf ein, und der Vertrag wurde in aller Form, unter Verzicht auf die Einrede der Verletzung zu Papier gebracht. Der Käufer klagte auf Erfüllung des Kaufes, dessen Giltigkeit nach strengem Recht schwer zu bestreiten war; er fand auch einen Anwalt, welcher seine Sache vertrat; für den württemb. Anwaltstand wäre es wohl ehrenvoller gewesen, wenn er keinen gefunden hätte.

Wäre hier zufällig der Käufer wirklich arm und nicht vermögend gewesen, dem Anwalt für das taxmäßige Honorar Sicherheit zu gewähren, so würde er schwerlich einen

Anwalt gefunden haben, welcher blos im Interesse der Gerechtigkeit und ohne Aussicht auf eigenen Gewinn die Sache übernommen hätte. Wenn er sich nun aber — unfähig, seine Sache selbst zu führen — mit der Bitte um Aufstellung eines Armenanwaltes an das Gericht wandte, so mußte dieses nach den Vorschriften der Prozeßordnung dem Gesuch entsprechen.

Ist nun in einem solchen Fall, wie in dem anderen, wenn die Sache der armen Partei augenscheinlich unhaltbar ist, der aufgestellte Armenanwalt zu deren Vertretung verpflichtet, ist er gehalten, im ersteren Falle gegen seine sittliche Ueberzeugung einer turpis causa zum Sieg zu verhelfen, im anderen sich der Gefahr auszusetzen, vom Publikum, welches die Verhältnisse nicht kennt, für bornirt gehalten zu werden? Eine Antwort auf diese Frage gibt weder das württembergische Gesetz noch der deutsche Entwurf; die Bestimmung des Art. 168, Ziff. 3 der württ. C.Pr.O., wonach „aus erheblichen Gründen die Partei von dem bestellten Anwalt verbeten werden kann," wird nicht als Antwort auf diese Frage aufgefaßt werden können, denn aus dem Bericht der Kommission der K. d. A., welche die Aufnahme dieses Passus beantragt hat, geht hervor (wie es auch der Wortlaut ergibt), daß hier ein Ablehnungsrecht nur aus solchen Gründen statuirt wird, welche in den persönlichen Verhältnissen des Anwalts zu den Parteien liegen. [2]

Wenn obige Frage bejaht wird, so entsteht die weitere Frage, welche Mittel zur Abhilfe gegen die aus der Bejahung unzweifelhaft sich ergebenden Uebelstände das Gesetz darbietet; wird die Frage verneint, so handelt es sich darum, die Voraussetzungen festzustellen, unter welchen der aufgestellte Armenanwalt die Vertretung der Sache abzulehnen befugt ist.

---

[2] Dieß scheint nicht außer allem Zweifel zu sein. S. unten Note 3. (Anm. d. Red.)

Aus Anlaß des Ausschlusses einer sachlichen Prüfung durch das um Verwilligung des Armenrechtes angegangene Gericht behandeln sowohl die Motive des württ. Gesetzes als die des deutschen Entwurfs die Mittel, wodurch einer frivolen Prozeßführung unter dem Schutze des Armenrechtes begegnet werden könne und durch welche auch dem „Anwalt wider Willen" zu helfen wäre. Die Mittel, welche an beiden Orten vorgeschlagen werden, sind von einander sehr verschieden und haben nur das Eine gemein, daß beide entweder verwerflich sind oder nichts nützen. — Die Motive zur württ. Pr.O. weisen auf den Art. 174, Ziff. 3 hin, wonach „Parteien, welche das Armenrecht zu offenbar grundloser Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung mißbrauchen, im Endurtheil mit angemessener Gefängnißstrafe innerhalb der Disziplinarstrafbefugniß des Prozeßgerichts belegt werden" sollen. Die Motive zum deutschen Entwurf aber glauben, daß einem Mißbrauch in genügender Weise dadurch vorgebeugt werde, daß das Prozeßgericht die Frage, ob die Armuth der nachsuchenden Partei wirklich nachgewiesen sei, streng prüfen und das Armenrecht zu jeder Zeit wegen Mangels der Voraussetzung wieder entziehen könne.

Was zunächst das württembergische Mittel betrifft, so sind dessen Fehler, daß es 1) in den Fällen, wo die Sache mit moralischen Mängeln behaftet ist, gar nicht anwendbar ist, wofern die arme Partei nur obsiegt, 2) in jedem einzelnen Fall erst dann zur Anwendung kommen kann, wenn das Uebel geschehen ist, und 3) dem Prinzip, worauf das Armenrecht beruht, dem gleichen Rechtsschutz für Arme und Reiche widerspricht; denn so lang der Reiche die frivolsten Prozesse ungestraft führt (was in Württemberg in I. Instanz der Fall ist), so lange erscheint die Strafe, welche den Armen wegen eines nicht in höherem Grad frivolen Prozesses trifft, nicht als Strafe des muthwilligen Streitens, sondern als Strafe der Armuth. Die Remedur des deutschen Entwurfes ist werthlos, wenn der

Richter bei der „strengen Prüfung" stets eingedenk ist, daß er nach dem Gesetz nur die Frage der Armuth, nicht die Frage der Rechtmäßigkeit des Anspruches der armen Partei zu prüfen hat, wenn sie Bedeutung haben soll, so führt sie zur Unwahrheit, die sachliche Prüfung, welche ausgeschlossen worden ist, wird auf einem Umweg wieder eingeführt, dem Richter wird nahegelegt, das Vorhandensein der Armuth nur darum zu verneinen, weil er die Sache der armen Partei für schlecht hält.

Das Prinzip, daß der um Ertheilung des Armenrechts angerufene Richter sich einer sachlichen Prüfung zu enthalten habe, kann aufrecht erhalten und daneben die unnatürliche Zumuthung an den Anwalt, eine Sache gegen seine moralische oder rechtliche Ueberzeugung zu vertreten, aufgegeben werden, wenn dem Anwalt die Abhlehnung aus zureichenden Gründen gestattet wird. Das endgiltige Urtheil darüber, ob eine Sache von Haus aus unhaltbar oder ob deren Verfolgung, wenn auch nicht gesetzlich unstatthaft, doch contra bonos mores und einem anständigen Mann nicht zuzumuthen sei, kann aus naheliegenden Gründen nicht dem aufgestellten Armenanwalt überlassen werden; dagegen enthält dessen Ueberlassung an das Prozeßgericht keinen Widerspruch mit dem an die Spitze gestellten Grundsatz, daß der um Gewährung des Armenrechts angegangene Richter die Rechtmäßigkeit der Sache nicht zu prüfen habe; er gewährt das Armenrecht ohne diese Prüfung und gibt der armen Partei einen Anwalt in der Voraussetzung, daß sie nur ihrer Armuth wegen einen solchen nicht aufstellen könne. Führt der Anwalt den Nachweis, daß der Anspruch der armen Partei ganz unbegründet oder seine Verfolgung eines ehrenhaften Mannes unwürdig sei, so fällt jene Voraussetzung weg, die arme Partei ist nun allerdings ohne Anwalt, aber nicht weil sie arm, sondern weil ihre Sache schlecht ist, sie ist in keiner schlechteren Lage, als die reiche Partei, die aus diesem Grunde keinen Anwalt findet, und welcher der

Richter ja auch nicht zu einem Anwalt hilft; und wie der Anwalt einer vermöglichen Partei berechtigt ist, sofort das Mandat zu kündigen, wenn sich herausstellt, daß die Partei ihn durch lügnerische Darstellung des Sachverhalts zur Uebernahme des Auftrages veranlaßt hat (in welchem Falle die Partei schwer einen andern Anwalt bekommen wird), so muß auch dem Gerichte das Recht gegeben sein, den Armenanwalt auf dessen Antrag der Verpflichtung zur Vertretung der Sache zu entheben, wenn sich, sei es von Anfang an oder im Laufe des Prozesses, deren Unwerth evident herausstellt. — Ein Mißbrauch des Ablehnungsrechtes ist wohl nicht zu befürchten, denn wenn die Voraussetzungen desselben nicht ganz auf der Hand liegen, wird der Anwalt lieber die Vertretung der Sache übernehmen, als sich der Mühe unterziehen, eine vor jeder Prüfung stichhaltige Darstellung der Unhaltbarkeit derselben zu fertigen. Liegen aber einmal jene Voraussetzungen vor und wird dem Ablehnungsgesuche stattgegeben, dann besteht die Beschwerde der armen Partei nur darin, daß es ihr nicht, wie einem Reichen, möglich sei, einen gewissenlosen Vertreter aufzustellen; und eine solche Beschwerde ist keine.

Ob die hier vertheidigte Behandlungsweise nach der württemb. Prozeßordnung statthaft ist, mag dahin gestellt bleiben;[3] beim Erlaß einer Anwaltordnung wäre die

[3] Der Abs. 3 des Art. 168 der Württ. Civ.Pr.O. bestimmt, daß der bestellte Anwalt aus erheblichen Gründen von der Partei, ebenso die Partei von dem bestellten Anwalt verbeten werden kann, worüber das Prozeßgericht endgiltig entscheidet. Das Recht der Ablehnung von Seiten des Anwalts kannte der Entwurf nicht. Es wurde auf Antrag der Justizgesetzgebungskommission in den Art. 168 aufgenommen. Der Bericht bemerkt zu dessen Begründung: Welche Gründe erheblich sind, hat das Prozeßgericht zu würdigen; die bloße Anführung, daß der Anwalt die Sache für grundlos halte, ohne nähere Begründung dieser Ansicht genügt nicht, da sonst ein bequemes Mittel, die Führung eines Armenprozesses abzulehnen geschaffen wäre. (Die neue Justizgesetzgebung des K.R. Württem-

Gelegenheit zur gesetzlichen Regelung der einschlägigen Fragen geboten. Zum Schluß sei nur noch auf die Analogie der Offizialvertheidigung im Strafverfahren hingewiesen. Der Offizialanwalt hat das ganze vorliegende Material behufs der Vertheidigung sorgfältig zu prüfen, findet er aber keine Vertheidigungsgründe, sondern überzeugt er sich von der Schuld des Angeklagten, so ist ihm nicht zur Pflicht gemacht, gegen seine Ueberzeugung für ein Nichtschuldig zu plädiren.

Ueber die Successionsrechte der durch nachfolgende Ehe Legitimirten nach Oesterreichischem und Württembergischem Rechte.

(Entscheidung des Königlichen Obertribunals.)

Mitgetheilt von Herrn Rechtsanwalt Julius Jordan in Stuttgart.

Der Freiherr W. v. U. in P. beabsichtigte das in seinem Besitze und Genuße befindliche Freiherr v. U—'sche Lehen- und Stammgut P. zu verkaufen. Von dem K. Gerichtshofe in T. wurde hiezu auch die Beibringung des Konsenses von Seiten des außerehelich geborenen, aber

---

berg. Bd. II, Abth. 2, S. 118). Sowohl nach dem Wortlaut des Gesetzes als nach dieser Begründung des Kommissionsantrages wird daher der legislative Vorschlag des Herrn Verfassers als dem bestehenden Rechte in Württemberg entsprechend bezeichnet werden können, obwohl der Herr Verfasser bezüglich des württ. Rechts zu einem andern Ergebniß oben gelangt ist. Wenn sich der Anwalt die Partei aus erheblichen Gründen verbitten kann, und wenn diese Gründe auch in der näheren Begründung der Grundlosigkeit des Anspruches liegen können, wie die Kommission angenommen hat, so ist für den Anwalt die Möglichkeit gegeben, die Zurücknahme des Auftrages durch das Gericht auch aus sachlichen Gründen zu erwirken — Ob diese Ansicht mit Art. 163 in Vergleichung mit den Motiven und Kommissionsbericht (die neue Justizgesetzgebung, Bd. II, Abth. 3, S. 55, 56, Abth. 3, S. 115, 116), sich vereinigen lasse, dürfte zu bezweifeln sein. (K.)

durch nachfolgende Ehe legitimirten Freiherrn M. O. v. U. in Fr. verlangt. Da jedoch ein gütliches Uebereinkommen hierüber nicht erzielt werden konnte, so sah sich Freiherr W. v. U. veranlaßt, gegen seinen Vetter bei dem K. Kreisgerichtshofe zu T., in dessen Bezirke P. liegt, mit einer Negatorienklage aufzutreten und das Gesuch zu stellen, daß demselben, als außerehelich geboren und erst durch nachfolgende Ehe legitimirt, ein Anrecht auf das Lehengut P. nicht zustehe. In thatsächlicher Beziehung ist in dem vorliegenden Rechtsstreite zwischen den Parteien nicht bestritten, bezw. erwiesen: 1) daß der Beklagte unehelich geboren, aber durch nachfolgende Ehe legitimirt ist; 2) daß das Rittergut P., in dessen Besitz und Genuß der Kläger nach dem Tode seines Vaters succedirte, von einzelnen dazu gehörigen allodialen, d. h. nicht lehenbaren, Bestandtheilen abgesehen, unter Oesterreichischer Lehensherrlichkeit gestanden (dasselbe wurde nach einer in II. Instanz vorgelegten Abschrift des Lehensbriefes im Jahre 1723 von Kaiser Karl VI. dem Freiherrn Marquardt von U. für sich, seine Erben und Agnaten zu einem ordentlichen Oesterreichischen Mannlehen verliehen), daß demgemäß das Lehen von dem Vorderösterreichischen Lehenshofe relevirte, sowie, daß die Krone Württemberg auf Grund des Preßburger Friedens und der Rheinischen Bundesakte sich an demselben die Lehensherrlichkeit mittelst Erlassung des Königlichen Patentes vom 16. Dezember 1806 aneignete; 3) daß vermöge Königlicher Entschließung vom 21. August 1849 dieses Ritterlehen mit den übrigen kronlehenbaren Besitzungen des Freiherrn v. U., jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalte der Rechte der Agnaten allodifizirt wurde.

Kläger hat sein Gesuch in I. Instanz damit begründet, daß Bekl. als durch nachfolgende Ehe legitimirt, nach den Bestimmungen des richtig verstandenen, gemeinen, wie des Oesterreichischen und Württembergischen Lehenrechtes successionsunfähig sei und zwar wurde sich bezüglich des

Württembergischen Rechtes speziell auf eine herzogliche Signatur vom 25. Juni 1756 folgenden Inhalts berufen:

„Demnach schon von uralten Zeiten her bei dem hochfürstlichen Lehenhof legis et observantiae ist, daß von denen Vasallen außer der Ehe erzeugten Kinder, wenn auch gleich solche per subsequens matrimonium oder sonsten legitimirt worden wären, vor unfähig aller Succession in denen von dem Hochfürstlichen Haus und dem Herzogthum relevirenden Lehen zu achten und davon gänzlich ausgeschlossen werden, als haben des regierenden Herrn Herzogs zu Württemberg Hochfürstliche Durchlaucht aus gewisser Gelegenheit sich veranlaßt gesehen, alle und jede dero Vasallen ausdrücklich dessen zu erinnern und zu verwarnen, um sich nach solchem Lehenrecht und observanz in vim sanctionis perpetuae selbst achten zu können.“

Durch Erkenntniß des K. Kreisgerichtshofes zu T. vom 2. Oktober 1871 wurde der Kläger unter Verfällung in die Prozeßkosten mit seiner Klage abgewiesen und zwar aus folgenden Gründen:

1) Im vorliegenden Falle könne die vielerörterte Frage, ob die in l. 2, feud. 26, §. 10 ausgesprochene, den Grundsätzen des älteren deutschen Rechtes gemäße Ausschließung aller nicht in der Ehe geborenen Kinder von der Succession in Ritterlehen, Angesichts der mit dem Einbringen des kanonischen und später des römischen Rechtes, wenigstens seit dem 16. Jahrhundert durch nachfolgende Ehe zu gewohnheitsrechtlicher Geltung gelangten Gleichstellung derselben mit den in der Ehe erzeugten oder doch geborenen Kindern, sich jetzt noch in dem Bereiche des gemeinen und Württembergischen Lehenrechtes als geltendes Recht erhalten habe, und welche Bedeutung insbesondere der oben erwähnten herzoglichen Signatur vom 25. Juni 1756 beizulegen sei, dahin gestellt bleiben. Es sei nämlich das Rittergut P. ein vorderösterreichisches Lehen gewesen und es sei daher, da durch die mittelst des Patentes vom 16. Dezember 1806 vollzogene Okkupation

der Lehensherrlichkeit an den durch die ursprüngliche Lehensbelehnung, beziehungsweise das bisher geltende Lehenrecht begründeten Successionsrechten der damaligen und künftigen Lehensanwärter (ex pacto et providentia majorum) nichts habe geändert werden können oder wollen, auch die Frage von der Lehenssuccession einzig und allein nach Oesterreichischem Rechte zu beurtheilen. Nach diesem seien aber zu Anfang dieses Jahrhunderts, namentlich auch in den vorderösterreichischen Gebieten, wie aus folgenden Rechtsquellen sich ergebe —

Projekt einer Oesterreichischen Lehensordnung von 1582, Tit. 33;

Oesterreichische Landtafel von 1571;

Oesterreichische Erbfolgeordnung von 1720;

Entwurf einer allgemeinen Oesterreichischen Lehensordnung von 1806;

Oesterr. allgem. bürgerl. Gesetzbuch §. 161 und 752; vergl. §. 162 und 753 —

soweit nicht spezielle Normen einer einzelnen Lehenkurie entgegenstanden, die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder den in der Ehe geborenen selbst bei der Succession in Ritterlehen vollkommen gleichgestellt gewesen und es sei hienach die Klage vom Standpunkte des Lehenrechtes nicht begründet.

2) Es sei jedoch von dessen Anwendung überhaupt abzusehen, da in Folge der im Jahre 1849 erfolgten Allodifikation das Rittergut P. nur noch den Charakter eines Familienfideikommißgutes an sich trage und nach der richtigen, von der weitaus größeren Anzahl auch der neuesten Rechtslehrer vertheidigten Ansicht, eine Ausschließung der Mantelkinder bei den Stammgütern und Familienfideikommissen des niederen Adels nicht stattfinde, eine Ansicht, die auch von der Württembergischen Gerichtspraxis stets festgehalten worden sei.

Gegen dieses Erkenntniß wurde die Berufung an die Civilkammer des K. Obertribunals erhoben und zu Be=

gründung derselben bei der Verhandlungstagfahrt von dem Anwalte des Berufungsklägers Nachstehendes vorgetragen:

I. Die Annahme des Unterrichters, daß durch die Allodifikation die Lehens-Qualität des Gutes auch in Beziehung auf die agnatische Successionsberechtigung aufgehört habe, sei unrichtig. Es werde zwar durch die Allodifikation der Uebergang des Lehens in ein Stammgut bewirkt, aber ohne eine Aenderung oder Minderung der aus der früheren Lehensverbindung begründeten Rechte der Agnaten, namentlich auch nicht ihrer Berechtigung zur Ausschließung der nach den Grundsätzen des Lehenrechtes nicht qualifizirten Lehensfolger; ein allodifizirtes Lehen behalte daher in Rücksicht der Agnaten alle Eigenschaften eines Lehens. [1] Da nun überdieß die Allodifikation des Rittergutes P. unbestrittenermaßen unter ausdrücklichem Vorbehalte der Rechte der Agnaten erfolgt sei, so sei das Successionsrecht des Beklagten unzweifelhaft nach den Grundsätzen des Lehenrechtes zu beurtheilen.

II. Nach den heutigen Tages noch geltenden Bestimmungen des gemeinen vorderösterreichischen und Württembergischen Lehenrechtes sei aber die Successionsfähigkeit des durch nachfolgende Ehe legitimirten Beklagten zu verneinen.

Gemeinrechtlich sei die Frage allerdings eine sehr bestrittene und richtig sei, daß ungeachtet der positiven Gesetzesstellen, durch welche die sogenannten Mantelkinder in unzweifelhafter Weise von der Lehensfolge ausgeschlossen würden:

Lib. II, Feudorum tit. 26, §. 10, „naturales filii licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur."

---

[1] Berufen wurde sich auf Eichhorn, deutsches Privatrecht, §. 241; Heffter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder, S. 28 und 45; Michaelis, Votum über den Bentink'schen Rechtsstreit, S. 59, Note 57.

Schwabenspiegel Art. 376;
Sachsenspiegel B. 1, Art. 27 und 36;
Sächsisches Lehenrecht Art. 2.

„All die unächt geboren sind, sollen Lehenrechts darben,"

eine Reihe von Schriftstellern und an ihrer Spitze Diek, in seinen beiden bei Gelegenheit des Gräflich Bentink'schen Rechtsstreites geschriebenen Monographien: „Ueber das Erbrecht der Mantelkinder" und „Ueber die Gewissens-Ehe," sich unter Berufung auf das kanonische und römische Recht, wornach die Legitimation die vollen Rechte der ehelichen Geburt gewährt, sowie unter weiterer Berufung auf die bei den Juristen seit dem 16. Jahrhundert bestehende communis opinio und die Entscheidung der Gerichte, namentlich des Reichshofrathes und des Reichskammergerichtes zu Gunsten der Mantelkinder ausgesprochen hätten.

Es sei aber, wie dieß namentlich von Heffter, Erbrecht der Mantelkinder, und den dort zitirten Schriftstellern in Wilda und Reyscher's Zeitschrift, Bd. 3 und 4, ausgeführt werde, der entgegengesetzten, auf Ausschluß der Mantelkinder gerichteten Ansicht beizupflichten.

Denn wenn sich auch nicht in Abrede ziehen lasse, daß, namentlich im 16. Jahrhundert, die erstere Meinung stark vertreten gewesen sei, so stehe doch, wie Diek selbst zugebe, fest, daß sich die entgegengesetzte Theorie nicht nur schon damals geltend gemacht, sondern mit dem fortschreitenden Studium des deutschen Rechtes nicht nur immer mehr Anhänger gewonnen habe, worunter namentlich auch Gerber, System des deutschen Privatrechtes, 9. Aufl., §. 268, sondern sogar die überwiegende geworden sei.

Von einer communis opinio könne daher keine Rede sein und ebensowenig von einer feststehenden Praxis der Gerichte. In letzterer Beziehung wurde sich darauf berufen, daß die beiden Entscheidungen, auf die sich Diek namentlich stütze, nämlich die des Reichshofgerichtes und

des Reichskammergerichtes nur in possessorio ergangen seien, daß aber auf der andern Seite eine Reihe von Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe und Juristen-Fakultäten aus älterer und neuerer Zeit vorlägen, welche sich gegen die Lehensfolgerechte der Mantelkinder ausgesprochen hätten, so z. B. Entscheidungen der Obergerichte zu Celle und Kassel.

Ein feststehendes anerkanntes Gewohnheitsrecht, das den positiven gesetzlichen Bestimmungen derogire, existire also nicht und der Richter müsse daher seiner Entscheidung nur die letzteren zu Grund legen, also dem Beklagten jedes Anrecht auf das Rittergut P. absprechen.

III. In dem vorliegenden Falle habe man aber gar nicht nöthig, auf das gemeine Recht zurückzugreifen, denn, da, wie aus dem vorgelegten Lehenbriefe von 1723 hervorgehe, das Rittergut P. ein Kaiserlich Oesterreichisches Kronlehen gewesen sei und von dem vorderösterreichischen Lehenhofe relevirt habe, so seien bezüglich der Successionsrechte des Beklagten die dießfallsigen Oesterreichischen lehenrechtlichen Bestimmungen maßgebend.

Nun sei aber in der K. Oesterreichischen Hofentschließung vom 20. März 1756 folgenden Inhalts:

„Maria Theresia von Gottes Gnaden Römische Kaiserin ꝛc. ꝛc. Hoch- und Wohlgeborene und Liebe Getreue:

Wir haben uns gnädigst entschlossen, von Landesfürstlicher und Lehensherrlicher Machtvollkommenheit wegen, in Vim Sanctionis pragmaticae anmit zu statuiren, daß von nun an in Unsern Oesterreichischen und Vorder-Oesterreichischen ein außer der Ehe erzeugter, wann er auch per subsequens Matrimonium legitimirt wäre, keineswegs Lehenssuccessionsfähig sein, sondern von all denen Lehen, so von Unseren Oesterreichischen und Vorder-Oesterreichischen Lehenhöfen herrühren und auf ihre Erbweis geliehen, gänzlich ausgeschlossen werden solle. Welchemnach dann ihr diese Unsere Gesetzmäßige

höchste Entschließung bei dem euch anvertrauten Lehenhof behörig vormerken zu lassen, und damit derwider unter keinerley Vorwand gehandelt werde, genaue Obsorg zu tragen, solche auch, wann und wo ihr es allenfalls für nöthig findet, kund zu machen mit Unser Repräsentation, ohne welcher Vorwissen keine Publikation zu machen kommet, euch einzuvernehmen, die Publikation jedoch, weilen es auch fremde Vasalle betrifft, von Lehens Hof aus wegen, zu veranlassen wissen werdet — — —" die Lehenssuccessionsunfähigkeit der Mantelkinder klar ausgesprochen, und daß diesem Dekrete Gesetzeskraft zukomme, sei nach Mertens Grundsätze des gemeinen Lehenrechtes, §. 235 nicht zu bezweifeln. Diek selbst habe in seiner Monographie über die Gewissens-Ehe, S. 152, dieß anerkannt, indem er von dieser Verordnung, sowie von einer weiteren Holstein'schen Verordnung vom Jahr 1778 als von „Gesetzen" gesprochen habe, die dem gemeinen Rechte derogirt hätten.

Ebensowenig sei aber auch ein diese Hofentschließung abänderndes Gesetz ergangen, und mit Unrecht habe der Unterrichter aus den von ihm zitirten österreichischen Rechtsquellen die Erbfolgefähigkeit des Beklagten darzuthun gesucht, denn theils seien es bloße Entwürfe, theils sei in den betreffenden Gesetzen, wie z. B. in der Oesterreichischen Erbfolgeordnung von 1720, die überdies durch das Josephinische Erbfolgepatent vom 11. Mai 1786 wieder aufgehoben worden sei, sowie in dem Oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuche von der Lehenssuccession gar nicht die Rede.

Auch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht sei nicht zur Geltung gelangt. Der Kaiserliche Statthalter von Tyrol und Vorarlberg habe zwar in einem Schreiben vom 10. November 1871, womit er dem klägerischen Anwalt die Abschrift der erwähnten Hofentschließung vom 20. März 1756 überschickte, bemerkt, „daß in der Praxis und im Gnadenwege von deren Bestimmungen mitunter Umgang genommen worden sei", allein da sich auf bestimmte Fälle

nicht bezogen sei, so sei hiedurch eine der Hofentschließung derogirende Praxis nicht nur nicht konstatirt, sondern es ergebe sich vielmehr gerade aus den bezeugten Gnaden-Akten die fortdauernde Giltigkeit des Gesetzes.

Es ergebe sich aber auch

IV. aus dem Württembergischen Rechte und speziell aus der oben wörtlich angeführten Herzoglichen Signatur vom 25. Juni 1756 die Successionsunfähigkeit des Beklagten. Die Gesetzeskraft derselben lasse sich nach Wächter, (Württ. Privatrecht, Bd. I, §. 55), nicht bestreiten, sie sei auch, wie von Reyscher in der von ihm und Wilda herausgegebenen Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. VII, S. 342 und 327, angeführt werde, in einem Informativgutachten der Tübinger Juristen-Fakultät vom 13. November 1838, und ebenso von dem K. Lehenrathe in einer Note vom 7. Nov. 1838 anerkannt, und eine entgegenstehende Praxis in Württemberg sei in keiner Weise nachgewiesen.

Ihrem Wortlaute nach beziehe sich aber diese Signatur auf alle der Krone Württemberg untergebenen Vasallen, welche eigentliche Lehen besitzen und zwar nicht nur auf die Leheninhaber zur Zeit der Erlassung des Gesetzes, sondern auch auf die zukünftigen, und es sei daher, da nach dem Patente vom 16. Dez. 1806 das Obereigenthum an dem in Frage stehenden Lehen mit allen dem Obereigenthümer gegen den Lehensmann zustehenden Rechten auf die Krone Württemberg übergegangen sei, deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nicht zu bezweifeln.

V. Es komme aber noch in Betracht, daß der in zweiter Instanz vorgelegte, mit dem Lehenbriefe verbundene Revers vom 6. Sept. 1723 ausdrücklich besage, daß dem Lehensstifter und seinen „eheleiblichen Erben“ das Lehen verliehen worden sei, womit klar ausgesprochen sei, daß nur die ehelich Geborenen erbfolgeberechtigt sein sollten.

Zur Unterstützung diene noch, daß auch der Lehen-

brief vom 26. Nov. 1622, betr. die Belehnung des Freiherrn H. L. v. U. mit Herrschaft und Schloß E. zu wiederholtenmalen als successionsberechtigt die „ehelich geborenen" Kinder nenne und daß ebenso in dem Familienvergleich in Betreff der Freiherrlich v. U . . .'schen Herrschaft M. vom 11. Nov. 1753 von der Succession der „ehelich männlichen Erben" die Rede sei.

Von dem Vertreter des Beklagten wurde sich dagegen im Wesentlichen auf die Entscheidungsgründe des Unterrichters berufen und nur noch beigefügt, daß, wie bekannt, die spätere Oesterreichische, insbesondere die Josephinische Gesetzgebung humaneren Anschauungen gefolgt sei, und daß die im Landrechte vollzogene vollständige Beseitigung des der unehelichen Geburt anklebenden Makels auch gegenüber der Verordnung der Kaiserin Maria Theresia wirksam geworden sei.

Letztere habe überdieß nie Gesetzeskraft erlangt, sei aber jedenfalls nach dem Zeugnisse des Statthalters von Tyrol durch die Praxis beseitigt und habe sich überhaupt nur auf den hohen Adel bezogen.

Aus den vorgelegten Urkunden aber ergebe sich nicht der Beweis eines gegen die Rechte des Beklagten sprechenden Familien-Herkommens, denn weder der Lehenbrief noch der überhaupt nicht maßgebende Revers enthalten eine Bestimmung darüber, daß die Successionsfähigkeit durch Geburt in der Ehe bedingt sei und die beiden anderen Urkunden hätten auf den vorliegenden Fall keinen Bezug.

Von der Civilkammer des K. Obertribunals wurde hierauf unter Abänderung des Erkenntnisses I. Instanz erkannt:

> „daß dem Beklagten ein Nachfolgerecht in das Familiengut P. nicht zustehe"

und zwar aus folgenden Gründen:

I. Da auf den Umstand, daß unter dem dermalen in des Klägers Besitz und Genuß stehenden Familiengut P. einzelne vordem nicht lehenbar gewesene Bestandtheile be-

griffen sind, von keiner Seite Gewicht gelegt, namentlich irgend welche Selbstständigkeit dieser Gutsbestandtheile nicht geltend gemacht worden ist, so ist die bestrittene eventuelle Successionsberechtigung des Beklagten in das Familiengut lediglich nach den über seine Erbfolgefähigkeit in das allodifizirte Lehen entscheidenden Grundsätzen zu beurtheilen.

II. Mit Grund erachtet sich der Kläger für beschwert durch die Annahme des Unter-Richters, daß Beklagter, wenn er nicht schon successionsberechtigt gewesen wäre, jedenfalls durch die im Jahre 1849 erfolgte Allodifikation des Lehens, sofern dasselbe seitdem nur noch den rechtlichen Charakter eines Familienfideikommißguts trage, successionsfähig geworden sei.

Zwar ist in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht — (Lewis, Recht des Fam.-Fideikomm. 1868, S. 328 ff.; Beseler, deutsches Privatrecht, §. 169, N. 4—6, §. 176, N. 34; Gerber, deutsches Privatrecht, 10. Auflage, §. 274, N. 4) — für Württemberg die Successionsfähigkeit der durch nachfolgende Ehe Legitimirten in Familienfideikommißgütern des niederen Adels als Regel anzuerkennen (Entscheidung des Obertribunals vom 17. August 1841 in Reyscher's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. VII, S. 340; Bolley, Entwürfe von Gesetzen 1835, S. 107). Dagegen kann der unbestrittenermaßen mit ausdrücklicher Vorbehaltung der Rechte der Agnaten vollzogenen Allodifikation des Lehens die Wirkung einer Veränderung der Erbfolgeberechtigung in der Weise, daß der wegen vorehelicher Geburt zur Succession unfähige Beklagte successionsfähig geworden wäre, d. h. eintretenden Falles den sonst zur Lehenfolge berufenen Agnaten ausschließen würde, nicht beigelegt werden. Allerdings wird durch die in der Allodifikation sich vollziehende Aufhebung des Lehensverbandes vermöge des Wegfalls der lehensherrlichen Rechte das Lehen in ein dem gewöhnlichen Familienfideikommiß verwandtes Familiengut umgewandelt, allein wo wie hier diese Aufhebung des Lehensverbandes

als einseitiger Privatakt sich darstellt, kann dadurch an den ihrer eigenthümlichen Natur nach von der Disposition des jeweiligen Lehensinhabers unabhängigen und gegen dessen Beeinträchtigungen geschützten Rechte der Agnaten nichts verändert werden und es gilt denn auch als anerkannter Rechtssatz, daß bei solcher Allodifikation das Lehen in Rücksicht auf die agnatischen Rechte vollkommen die Eigenschaften eines solchen, soweit sie ohne Dasein eines Obereigenthums denkbar sind, behält — (Pfeifer in Weiske's Rechtslexikon s. v. Lehensverwandlung, Bd. VI, S. 641; Beseler, a. a. O., §. 116, N. 33; Gerber, a. a. O., §. 137, N. 4; Lewis, a. a. O., S. 69—80, insbesondere N. 112, 134 und die bereits vom Kläger angeführten: Heffter, Erbfolgerecht der Mantelkinder, S. 45; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 242; Michaelis in dem Votum über den Bentinck'schen Erbfolgestreit I, S. 59, N. 57). — Besondere Umstände, weßhalb auf das in Frage stehende Lehen dieser Satz nicht anwendbar sein sollte, sind von beklagter Seite nicht zur Sprache gebracht.

III. Nach lehenrechtlichen Grundsätzen ist aber der Beklagte zur Succession in das allodifizirte Lehengut P. unfähig.

Die Herzogliche Signatur vom 25. Juni 1756 hat die durch nachfolgende Ehe Legitimirten von der Succession in solche Kronlehen, welche die Eigenschaft von Ritterlehen haben, ausgeschlossen, wie dieß das Obertribunal schon in Entscheidungen vom 29. Juni 1841 und vom 17. August 1841 (in Reyscher's Zeitschrift, Bd. VII, S. 321—329) ausgesprochen hat, wo auch die bereits vom klägerischen Anwalt angeführte Aeußerung des Königl. Lehenrathes vom 7. Nov. 1838 erwähnt ist, daß von ihm die Frage, ob bei Königlichen Lehen ein außerehelich geborenes, jedoch per subsequens matrimonium legitimirtes Kind von der Succession in Lehen ausgeschlossen sei, nach den bei ihm von jeher unter Festhaltung des Lehentextes II. feud. 26 und in Gemäßheit der Signatur von 1756

in Absicht auf alle Königlichen Vasallen zur Anwendung gebrachten Grundsätze bejaht worden sei. (Vergl. Reyscher, Württemberg. Privatrecht Bd. III, §. 727, Note 9 und in der zit. Zeitschrift Bd. II, S. 217, wo die früheren Württembergischen Schriftsteller erwähnt sind, Bd. IV, S. 360 und Bd. VII, S. 341 ff.; Bolley, zit. Entwürfe, S. 107.) Zwar ist vom Unter-Richter richtig bemerkt, daß nicht durch das Königl. Patent vom 16. Dez. 1806, wodurch das Ritterlehengut P. zum Württembergischen Kronlehen gemacht wurde, an dem durch das bis dahin maßgebend gewesenen Lehenrechte, beziehungsweise durch die ursprüngliche Belehnung begründeten Successionsrechten der damaligen und künftigen Lehens-Anwärter etwas verändert worden sei. Eine andere Frage ist es jedoch, ob durch die hiernach geschehene Einführung des in Altwürttemberg geltenden Rechtes in die neuerworbenen Landestheile (vergl. hierüber die Instruktion für das Ober-Justiz-Kollegium vom 4. Mai 1806, §. 23, und für das Obertribunal vom 8. Mai 1806, §. 34, Manifest vom 27. Okt. 1810, Gesetz vom 12. Sept. 1814; Wächter in Sarwey's Monatschrift Bd. IV, S. 399 4 und Württ. Privatrecht Bd. I, S. 792 ff.) in Verbindung mit den in Betreff des begüterten Adels erlassenen Gesetzen (vgl. hierüber im Allg. Bolley zit. Entwürfe, S. 192 ff.; Wächter, Württ. Privatrecht Bd. I, S. 821—924 ff.), insbesondere durch die Königl. Normalverordnung vom 22. April 1808 Schlußsatz und die Königl. Deklaration in Betreff der staatsrechtlichen Verhältnisse des vormals reichsunmittelbaren Adels vom 8. Dezember 1821, §. 46; (vgl. auch die Königl. Deklaration, betreffend die staatsrechtlichen Verhältnisse des Fürstlichen Hauses Thurn und Taxis vom 8. August 1819, §. 58 und 59) die Herzogliche Signatur auf das dem Staatsgebiete einverleibte Lehengut P. anwendbar geworden ist.

Von dem Beklagten selbst ist aus dem Inhalt des Lehenbriefes nicht abzuleiten versucht worden, daß das zur

Zeit der Belehnung bezüglich der Successionsfähigkeit der Mantelkinder in Geltung gewesene Recht des damals mit dem oberösterreichischen vereinigten vorderösterreichischen Lehenhofes — letzterer ist im Jahre 1754 von dem oberösterreichischen in Innsbruck getrennt und nach Freiburg i. B., im Jahre 1793 sodann nach Constanz verlegt worden (Reyscher, Württ. Privatrecht, Bd. I, §. 48, Note 9; Mertens a. a. O., S. 306) — zur autonomischen Disposition bei der Lehensstiftung erhoben worden sei, und daß dasselbe demgemäß als durch besondere Willensbestimmung der Einwirkung blos ergänzender Rechtsnormen entzogene lex investiturae gegenüber der in Neu-Württemberg durch die angeführten Gesetzesbestimmungen vollzogenen Abänderung des Privatrechtes — in ähnlicher Weise wie dieß durch Art. 2 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 (vergl. hiezu Wächter im Archiv civil. Praxis, Bd. XIII, S. 46, Note 22) zugelassen ist — aufrecht erhalten werden müsse. In Ermanglung einer solchen, den Lehensfolger von dem Erforderniß vollkommener Ehelichkeit entbindenden autonomischen Disposition würde aber, da nach der angeführten Normalverordnung und Deklaration, abgesehen von den in den Lehensbriefen ausgedrückten Vorschriften nur das unbestrittene, einen Rechtstitel begründende Herkommen bei Kräften erhalten, im Uebrigen aber das Recht des K. Lehenhofes zur Anwendung gebracht werden soll, die Herzogliche Signatur auf die neu erworbenen Kronlehen, speziell das Rittergut P., anzuwenden sein, sofern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das (von der Doktrin zur Erklärung der kraft Gesetzes der Familie der Belehnten zustehenden Rechte als successio ex pacto et providentia majorum benannte) Lehenserbfolgerecht von der Veränderung der Gesetzgebung, auch wenn das neue Gesetz den Charakter einer lex cogens sich nicht beilegt, gleich dem allgemeinen Intestaterbrechte betroffen wird, auch nicht etwa daraus, daß das Gesetz vom 12. Sept. 1814, indem es in §. 9 für das Intestaterbrecht der Ehegatten die

fortdauernde Anwendbarkeit des am Orte der Eingehung der Ehe in Geltung gewesenen Statutarrechtes aufstellt, den Grund hiefür in einem hierauf abzielenden stillschweigenden Vertrage der Eheleute findet (Wächter, Württ. Privatrecht, Bd. II, S. 177, 105, auch Bd. I, S. 801) auf gleichheitliche Behandlung der Lehens-Erbfolge geschlossen werden darf (vergl. vielmehr die Bemerkung v. Georgii's in seiner die Motive des angeführten Gesetzes enthaltenden Abhandlung im Archiv für civil. Praxis, Bd. III, S. 170, Note 21).

IV. Uebrigens bedarf es der endgiltigen Feststellung der Anwendbarkeit der Herzogl. Signatur von 1756 zu Entscheidung der streitigen Frage nicht, da die in demselben Jahre ergangene Hof-Entschließung der Kaiserin Maria Theresia den Beklagten in gleicher Weise ausschließt. Auch hier ist von dem Beklagten, daß jedenfalls, als autonomische lex investiturae, das ältere Recht des Lehenhofes aufrecht zu erhalten wäre, nicht geltend gemacht worden; auch ließe sich in der That der kraft landesfürstlicher und landesherrlicher Machtvollkommenheit erlassenen Hofentschließung, welche von nun an von allen nach der Erbweise der Ober- und vorderösterreichischen Lehenhöfe verliehenen Lehen die Legitimirten gänzlich ausgeschlossen und darwider unter keinerlei Vorwand gehandelt wissen will, der Charakter einer unbedingt anzuwendenden Rechtsnorm, einer lex cogens, nicht bestreiten. Eine blose Vermuthung aus der Zuschrift des K. K. Statthalters zu Innsbruck ist die beklagtische Behauptung, daß diese Norm für die Angehörigen des hohen Adels ausschließlich erlassen sei, davon abgesehen, daß nach dem hier aufgestellten Unterscheidungsmerkmal der blosen Reichsunmittelbarkeit das Prädikat des hohen Adels auch der Freiherrlich von U.'schen Familie zukäme.

Der Unter-Richter ist, indem er die Kaiserliche Hofentschließung von 1756 ganz bei Seite ließ, wie es scheint

der Auktorität von Diek Beiträge Seite 301 und Gewissensehe S. 152, 161, wornach dieselbe nicht publizirt worden und in der Praxis nicht blos des oberösterreichischen, sondern auch des vorderösterreichischen Lehenhofes unberücksichtigt geblieben wäre, gefolgt. Allein nicht nur ist in dem im Jahre 1789 erschienenen Buche von Mertens, bei welchem als einem Lehenrechtslehrer an der K. K. hohen Schule zu Freiburg, dem damaligen Sitze des vorderösterreichischen Lehenhofes, genaue Kenntniß des bei demselben geltenden partikulären Lehenrechtes vorauszusetzen ist, die genannte Hofentschließung (es war dieß überhaupt die übliche Form der Erlassung von Rechtsnormen für den Lehenhof) auf Seite 134 als geltendes Recht angeführt und dieselbe in Petzek's systematisch chronologischer Sammlung der vorderösterreichischen Gesetze 1792, Abth. 1, Bd. II, S. 657, aufgenommen, sondern es geht auch die Statthalterei zu Innspruck in ihrer Zuschrift davon aus, daß diese Verordnung Gesetzeskraft erlangt hat, wogegen durch die Bemerkung, daß in der Praxis und im Gnadenwege mitunter davon Umgang genommen worden sei, ein derogirendes Gewohnheitsrecht keineswegs konstatirt ist. Der Entwurf zur allgemeinen österreichischen Lehenordnung von 1806 (Diek, Beiträge, S. 275) und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, das zudem gleich dem Josephinischen Erbfolgepatent von 1786 (ib. S. 102, 274) nur über Allodialverlassenschaften disponirt, sind für den vorliegenden Fall nothwendig ohne alle Bedeutung.

V. Ist aber hienach die Successionsfähigkeit des Beklagten in das Familiengut P. vom Standpunkte des Gesetzes zu verneinen, so war, ohne daß es noch einer Feststellung bedarf, inwieweit zugleich die Ausschließung der Mantelkinder durch Familienstatute festgesetzt ist, unter Abänderung des unterrichterlichen Urtheils zu Gunsten des Klägers zu erkennen.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

---

1) Ein dolus kann auch durch bloses Verschweigen begangen werden.

Ein Kreisgerichtshof hatte auf Grund der thatsächlichen Feststellung, daß der Verkäufer einer Forderung auf eine den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechende Weise eine ihm gewordene Mittheilung, daß der Schuldner unmittelbar zuvor mit Hinterlassung eines Kassenrestes sich flüchtig gemacht, dem Käufer verschwiegen habe, einen von dem Verkäufer zu verantwortenden Betrug angenommen. Die Entscheidung wurde als nichtig angefochten, weil durch sie der Rechtssatz verletzt sei, daß durch bloses Verschweigen ein dolus nicht begangen werden könne. Die Nichtigkeitsklage wurde als unbegründet verworfen und es besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Der Rechtssatz, daß durch bloses Verschweigen ein dolus nicht begangen werden könne, besteht weder nach gemeinem noch nach württembergischem Rechte, vielmehr kann auch durch bloses Verschweigen ein dolus begangen werden, wenn der Irrthum oder die Unkenntniß eines Anderen in einem Verhältniß benützt wird, bei welchem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Wahrheit und Auf-

klärung des Irrthums verlangt werden kann. Dieß ist in den römischen Rechtsquellen ausdrücklich und zwar gerade beim Kauf ausgesprochen. — l. 35, §. 8, l. 43, §. 2 contr. emt. (18, 1); l. 11, §. 5 D. de act. emt. vend. (19, 1); cf. l. 1, §. 2 D. de dolo malo (4, 3); l. 7, §. 9 D. de pactis (2, 14).[1] — Dieser Rechtssatz des gemeinen Rechtes ist im württembergischen Rechte nicht abgeändert, vielmehr in Thl. II, Tit. 15, §. 2 des Landrechtes insofern bestätigt, als daselbst der wissentliche Verkauf einer fremden Sache als Betrug bezeichnet wird.

Zwar ist zu Art. 3, Ziff. 2 des Gesetzes vom 26. Dez. 1861, betreffend die Gewährleistung bei einigen Arten von Hausthieren, wonach die Gewährleistung wegfällt, wenn der Verkäufer sich Gewährfreiheit urkundlich bedungen hat, von beiden Kammern im Einverständniß mit der Regierung die Voraussetzung ausgesprochen worden, daß das blose Schweigen des Verkäufers über einen ihm bekannten Gewährsmangel keinen Anspruch wegen Betruges begründe. Allein hiemit wollten, wie der Gang der Berathung zeigt, keine allgemeinen Bestimmungen über die Grundsätze beim Betruge getroffen werden, denn es ist, gerade um diese Annahme auszuschließen, der Antrag gestellt und angenommen worden, den Inhalt der ausgesprochenen Voraussetzung nicht in das Gesetz selbst aufzunehmen, sondern eben in die Form einer Voraussetzung zu bringen.[2] Auch erhellt aus den Motiven des Gesetzentwurfes und aus den Verhandlungen bei der Berathung, daß jene Voraussetzung wesentlich im Interesse der Uebereinstimmung des Gesetzes

---

[1] **Wächter**, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 755 und in Note 2; **Seuffert**, Pand., 4. Aufl., Bd. II, §. 261, S. 73 und §. 264, S. 77, Note 1 a. E.; **Windscheid**, Pand., 3. Aufl., Bd. I, §. 78, S. 187, Note 4; **Sintenis**, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. I, §. 22, S. 189, Ziff. 2.

[2] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1856/61, Bd. VI, S. 4252—4254.

mit dem, denselben Gegenstand betreffenden badischen Gesetze vom 23. April 1859 angenommen worden ist, woraus gleichfalls sich ergibt, daß dieselbe über den speziellen Gegenstand des Gesetzes nicht auszudehnen ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Nov. 1871 in der Berufungssache Former c. Rosenfelder.

2) Eviktion.

Ein Wohnhaus auf dem Sp.-Hofe im Großherzogthum Baden war „mit Realschildwirthschaftsgerechtigkeit" verkauft worden. Als aber der Käufer die Wirthschaft verpachten wollte, so wurde von den großh. badischen Administrativbehörden die Genehmigung versagt, weil nicht nachgewiesen sei, daß ein reales Wirthschaftsrecht auf dem Hofe ruhe, und dieser Ausspruch durch alle Instanzen bis zu der obersten Administrativbehörde bestätigt. Auf Grund dessen wurde von dem Käufer eine Klage auf Schadenersatz wegen Eviktion bei den württemb. Gerichten erhoben und von demselben auch die Verurtheilung des Verkäufers erwirkt. Aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ist hier hervorzuheben: die Gewährleistungsklage erfordert nicht die Anerkennung des erkauften Rechtes durch ein civilrichterliches Urtheil, vielmehr ist auch die Entscheidung einer Administrativbehörde geeignet, den Rechtsgrund derselben zu bilden. Zu dieser Annahme berechtigt nicht allein die heutige Organisation der Staatsbehörden, sondern auch, daß das Wesentliche bei der Entwährung die Entziehung des faktischen Habens des Kaufsobjektes wegen eines zur Zeit des Vertrages schon bestandenen Rechtsmangels ist und ein solcher durch die Entscheidung der zuständigen Administrativbehörde konstatirt wird.[3] Die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde ist auch für den Civilrichter bindend und es begründet der Um-

---

[3] Vergl. Windscheid, Pand., 3. Aufl., Bd II, S. 430, Note 4 a.

stand, daß die Entscheidung von der badischen, nicht der württembergischen Verwaltungsbehörde gegeben worden ist, keinen Unterschied, da das Wirthschaftsrecht, um dessen Bestand es sich handelt, der Herrschaft der badischen Gesetze unterworfen und die Frage über sein Bestehen nach badischen Gesetzen zu entscheiden ist. Daß die Verwaltungsbehörden zuständig gewesen sind, über die Existenz des Wirthschaftsrechtes zu erkennen, ergibt sich schon daraus, daß zur Ertheilung der Konzession eines Wirthschaftsrechtes nur die Verwaltungsbehörden zuständig sind. Ueberdieß ist durch §. 25 der großh. badischen Verordnung vom 16. Okt. 1834, durch welche eine Aufnahme der damals bestandenen Wirthschaftsrechte angeordnet worden ist, den Bezirksämtern, vorbehältlich des Rekurses, aufgegeben worden, darüber, ob und in welchem Umfang — ob als Real- oder persönliches Recht — ein Wirthschaftsrecht bestehe, nach den vorgelegten Konzessionsurkunden oder sonstigen Nachweisen zu bestimmen. Daß das fragliche Wirthschaftsrecht auf einem privatrechtlichen Titel beruhe, ist nicht behauptet worden, und die unvördenkliche Verjährung, auf welche die Beklagten sich berufen haben, dient zum Nachweis ebensowohl in Verhältnissen des öffentlichen Rechtes, als des Privatrechtes.[4] Es war daher auf den von den Bekl. für die Existenz des in Frage befindlichen Wirthschaftsrechtes angetretenen Beweis nicht einzugehen und erscheint die Thatsache der erfolgten Entwährung zufolge der Entscheidung des großh. badischen Ministeriums des Innern zumal im Hinblick auf den Bescheid desselben, daß dieser Gegenstand, da das Ministerium in letzter Instanz zuständig gewesen, als endgiltig erledigt zu betrachten sei als auch für den vorliegenden Rechtsstreit feststehend.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Okt. 1871 in der Berufungssache Auerbacher u. Gen. c. Rebmann.

---

[4] **Württ Archiv, Bd. II, S. 15, 142, 315 Ziff. VI.**

3) Bezug des Wasserbedarfes eines Bierbrauers aus einer städtischen Wasserleitung.[5]

Im Jahre 1815 wurde dem Kronenwirth Faißt von dem Gemeinderath zu Freudenstadt die Befugniß eingeräumt, aus dem städtischen Wachthausbrunnen das zum Betrieb seiner Brauerei benöthigte Wasser zu beziehen und hatte er hiefür einen jährlichen Zins von 1 fl. an die Stadtpflege zu bezahlen. In ähnlicher Weise war auch anderen Gewerbsleuten die Befugniß eingeräumt worden, aus den öffentlichen Brunnen das Abwasser mittelst Ableitungen in ihre Gewerbsstätten zu führen, und hatten sie hiefür gleichfalls einen jährlichen Kanon von 1 fl. an die Stadtpflege zu entrichten. Was die Art des Wasserbezuges betrifft, so hatte Faißt von seinem Hause aus eine Teichelleitung bis zum Wachthausbrunnen gelegt und dort einen Stock aufgesetzt in der Art, daß das Wasser ursprünglich unmittelbar von dem Rohr aus, später aus dem steinernen Brunnentrog in den Stock und von da in die Teichelleitung der Brauerei strömte. Im Jahre 1834 ließ der Gemeinderath jedoch den Stock entfernen, da Faißt nur die Befugniß zur Benützung des überflüssigen Abwassers aus dem hölzernen Nebentrog habe und auch das Recht hierauf nur ein widerrufliches sei. Auf gerichtliche Anordnung wurde jedoch der frühere Besitzstand wieder hergestellt. Im Jahre 1859 wurden aber von dem Gemeinderath durchgreifende Aenderungen der städtischen Wasserleitung vorgenommen und da Faißt an den Kosten nicht mittragen wollte und eine dingliche Berechtigung auf den Wasserbezug behauptete, so erhob der Gemeinderath negatorische Klage. Diese Klage wurde für begründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

[5] Vergl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 107 ff.

Der Beklagte stützt seinen dinglichen Anspruch auf das in Frage stehende Wasserleitungsrecht auf die außerordentliche Ersitzung. Nun ist zwar nicht bestritten, daß der Bekl. den Wasserbedarf seiner Bierbrauerei aus der städtischen Wasserleitung bezieht und daß solches von 1817 an von dem Bekl. und seinem Vater und unmittelbaren Besitzvorgänger geschehen ist. Allein, wie sich aus dem Eintrag in's Grundbuch von 1833 und aus dem Gemeinderathsbeschlusse vom 1. April 1824 ergibt, beziehen in ganz ähnlicher Weise noch mehrere andere Bürger und Gewerbsleute von Freudenstadt das für ihre Gewerbe nöthige Wasser aus der städtischen Wasserleitung. Schon dieser Umstand läßt bezweifeln, ob dem Bekl. und seinem Vater unter solchen Verhältnissen, wo die Bürger und Gewerbetreibenden einer Stadtgemeinde dieser und deren Behörden gegenüberstehen, mit der Verstattung des Wasserbezuges gegen einen jährlichen unbedeutenden Canon ein förmliches Dienstbarkeitsrecht verwilligt werden wollte. Während solche städtische Anstalten zur Herbeischaffung des Wassers den Zweck haben, dem allgemeinen Wasserbedürfnisse der Gemeinde in den verschiedensten Beziehungen zu dienen, und es Pflicht der Gemeindebehörden ist, dafür Sorge zu tragen, daß dieser Zweck nicht beeinträchtigt und das mit der Zeit und der Zunahme der Einwohnerzahl wachsende Bedürfniß nicht außer Augen gelassen wird, kann im Zweifel schon im Voraus nicht angenommen werden, daß die Behörden bei Abgabe von Wasser aus den städtischen Wasservorräthen an einzelne Bürger für deren spezielle Bedürfnisse Willens waren, den Interessen und den allgemeinen Bedürfnissen der Gesammtgemeinde für jetzt und die Zukunft Etwas zu vergeben, sich für alle Zeit verbindlich zu machen, und den einzelnen Bürgern ein unwandelbares und unwiderrufliches förmliches Recht einzuräumen, zumal, wenn, wie hier, ein solcher besonderer Wasserbezug einer größeren Anzahl von Gewerbsleuten gestattet wird. Hiezu kommt noch, daß die Abgabe des

Wassers an B ü r g e r der Stadt erfolgte. Auch in dieser Richtung kann bei einer Gemeinde ohne dringende, besondere Gründe nicht ohne Weiteres unterstellt werden, daß ein anderes Verhältniß als ein solches zwischen der Gemeinde und den Bürgern derselben auch sonst regelmäßig besteht, geschaffen werden wollte, wonach die Gemeinde zwar die Benützung der einzelnen gemeinsamen Einrichtungen und Anstalten derselben den Bürgern nach Maßgabe ihres Bedarfes in größerer oder geringerer Ausdehnung gestattet, damit aber nicht im entferntesten gemeint ist, ihnen ein Recht einzuräumen, wie solches der Private dem Privaten einzuräumeu pflegt. Unter solchen Verhältnissen muß daher in den Fällen, wo eine derartige Abgabe von für öffentliche und gemeinsame Zwecke bestimmtem Wasser an einzelne Bürger erfolgt, im Zweifel, besonders wenn sie einer größeren Anzahl von Bürgern zu Theil geworden ist, unterstellt werden, daß die Behörden sich hiedurch nicht rechtlich binden wollten, daß hierin nur eine widerrufliche Vergünstigung liegt. Um das Gegentheil annehmen, um davon ausgehen zu können, die Gemeindebehörden haben, als sie solche einzelne Bürger das für ihren speziellen Bedarf nothwendige Wasser beziehen ließen, sich hiedurch rechtlich binden und ein förmliches unwiderrufliches Recht verstatten wollen, müßten im einzelnen Falle besondere, hiefür bündig sprechende Umstände vorhanden sein, und kann, so lange solche nicht dargethan sind, nicht angenommen werden, daß die Einräumung eines Rechtes in der Absicht der Betheiligten gelegen war. Solche Umstände sind aber im vorliegenden Falle nicht angeführt und nachgewiesen worden, vielmehr weist der ganze Verlauf der Sache und das ganze Verhalten der Gemeindebehörde in Freudenstadt auf eine gegentheilige Absicht derselben hin. Das Grundbuch von 1833, welches der Wasserleitung des Beklagten erwähnt, spricht davon, „einigen Gewerbsleuten werde erlaubt, aus den öffentlichen Brunnen das Abwasser in ihre Gewerbsstätten zu führen." Im Protokolle vom 28. August

1834 wird sodann das fragliche Recht ausdrücklich sogar als „ein widerrufliches" bezeichnet. Der Vater des Bekl. hat dieses Protokoll ohne eine Gegenerinnerung unterzeichnet, und von beklagter Seite ist die Behauptung, diese Stelle sei durch ein willkührliches Verfahren des damaligen Stadtschultheißen in's Protokoll gekommen, in keinerlei Weise bescheinigt worden. Diese Umstände, sowie ferner die ganze Art und Weise, wie auch das Gemeinderathsprotokoll vom 30. Juli 1857 lautet, sprechen für eine blose Vergünstigung. In diesem letzteren Protokolle ist von „Erlaubniß," von „einer Vergünstigung" die Rede und wird gesagt:

„wenn je einmal der Fall eintreten würde, daß die Leitung das erforderliche Wasser in den Brunnen nicht mehr liefern würde, so solle der Brunnenmeister diese, wie alle anderen Wasserleitungen, welche an Privaten abgegeben seien, abschlagen."

Wie dieses Protokoll, so zeigt auch das vom 28. Aug. 1834, daß, wenn Wassermangel eintrete, die öffentlichen Interessen im Falle der Kollision dem Wasserbezuge der einzelnen Gewerbsleute vorgehen sollten, und der Baumeister wird angewiesen, in einem solchen Falle die Wasserleitungen der letzteren ohne alles Weitere abzuschlagen. Das Protokoll vom 28. August 1834 aber nennt das Recht ausdrücklich ein widerrufliches, und das vom 30. Juli 1857 den Wasserbezug geradezu eine Vergünstigung. Hiezu kommt der Kanon in dem ursprünglichen Betrage von nur einem Gulden. Bei diesem geringen Betrage namentlich läßt sich dieser Kanon nicht als eine Gegenleistung für die Verstattung eines Dienstbarkeitsrechtes, sondern, zumal er in gleicher Weise auch den anderen Gewerbetreibenden, welche Wasser beziehen, auferlegt ist, nur als Rekognitionsgeld auffassen, mit welchem ausgedrückt wird, daß der Gebrauch des Wassers nur in widerruflicher Weise verliehen werde, wie denn auch die im Jahre 1858 oder 1859 erfolgte Erhöhung dieses Kanons nicht darauf hinweist, daß

der Beklagte sich einer festen unabänderlichen Rechtserwerbung bewußt war.

Kann daher in Anbetracht aller dieser Umstände nicht angenommen werden, daß man auf Seite der Klägerin bei der bisherigen Gestattung des fraglichen Wasserbezuges ein förmliches Recht einzuräumen Willens war, ist vielmehr, so lange in dieser Richtung nicht sprechende Thatumstände dargethan sind, anzunehmen, daß die Vertreter der Klägerin sich nicht rechtlich binden wollten, und sprechen umgekehrt die angeführten Umstände positiv dafür, daß dieser Wasserbezug des Beklagten nach der Absicht der kl. Gemeindebehörden von Anfang an nur ein widerruflicher, nur eine Vergünstigung sein sollte: so war die Thatsache des fraglichen Wasserbezuges nur ein prekärer Zustand, also der Besitz des Beklagten und seines Vaters kein fehlerfreier. Es kann daher, wenn dieser Besitz auch 40 Jahre in ununterbrochener Weise fortgedauert haben sollte, davon die Rede nicht sein, daß durch Ersitzung ein Realdienstbarkeitsrecht erworben worden ist, wie auch in anderer Beziehung aus den gleichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf den Inhalt des Grundbuches von 1833, des Protokolls vom 28. August 1834 und vom 30. Juli 1857 nicht unterstellt werden kann, der Vater des Bekl. und dieser selbst haben bei Ausübung dieses Wasserbezuges das Bewußtsein und die Absicht gehabt, ein förmliches und unwiderrufliches Recht auszuüben, so daß es auch in dieser Richtung an dem gesetzlichen Erfordernisse der Ersitzung eines Dienstbarkeitsrechtes durch langjährige Ausübung fehlt.

Entscheidung des Obertribunals vom 13. Sept. 1871 in der Berufungssache Faißt c. Freudenstadt.

4) Widerruf einer Schenkung wegen nachgeborener ehelicher Kinder.

In dem Landrecht, Thl. II, Tit. 18, §. „So auch" ist bestimmt: daß, wenn Jemand etwas Namhaftes, welches

nach eines Jeden Stand, Vermögen und Gelegenheit des Geschenkes zu gerichtlicher Erkenntniß gesetzt sein soll, hingibt und demselben nachmals eheliche Kinder anfallen, deren er sich zur Zeit der Vergebung nicht versehen, der Schenker befugt sei, die Gabe zu widerrufen, und daß, obschon solches bei seinen Lebzeiten nicht geschehen wäre, die Schenkung nichtsdestoweniger für sich selbst kraftlos sein solle, auch die Eltern sich dessen nicht verzeihen oder begeben können." [6]

Diese die Wirksamkeit der Schenkungen beschränkende Gesetzesbestimmung fällt, da das dadurch eingeräumte Widerrufsrecht dem Verzichte des Schenkers entzogen ist, in den Kreis der gebietenden Gesetze, welche vor den inländischen Gerichten nach den bestehenden Grundsätzen auch auf die im Ausland geschlossenen Verträge zur Anwendung kommen.

Das Widerrufsrecht steht nach dem Tode des Schenkgebers nicht blos den nachgeborenen ehelichen Kindern, sondern auch den sonstigen Erben als solchen zu. Es folgt dies aus der ganz allgemein lautenden Bestimmung des Gesetzes, daß (im Falle des Vorhandenseins der den Widerruf begründenden Voraussetzungen) die Schenkung, obschon sie vom Schenker bei seinen Lebzeiten nicht widerrufen worden wäre, nichtsdestoweniger für sich selbst kraftlos sein solle.

In Absicht auf die Voraussetzungen des Widerrufsrechtes schließt sich das Landrecht ganz an die zur Zeit

---

[6] Nach gemeinem Rechte besteht ein solches Revokationsrecht nicht: Savigny, System, Bd. IV, S. 228; Windscheid, Pand., Bd. II, §. 367, Note 22; Seuffert, Pand., Bd. II, §. 265, Note 8; Sintenis, Civilrecht, Bd. I, §. 23, Note 56. A. M. ist Arndts, Pand., §. 82, Note 3; Puchta, Pand., §. 70, Note d. Bezüglich des württ. Rechtes vergl. Weishaar, württ. Privatrecht, §. 1403; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 439, Note 10; Griesinger, Kommentar, Bd. IV, S. 1017; Reinhardt, Kommentar, Bd. I, S. 345.

seiner Entstehung herrschend gewesene gemeinrechtliche Lehre an. Das Widerrufsrecht ist begründet, wenn die Schenkung ihrem Werthbetrage nach so bedeutend ist, daß es nach den von dem Richter zu beurtheilenden Verhältnissen des einzelnen Falles wahrscheinlich ist, daß der damals kinderlose Schenker die Schenkung nicht gemacht haben würde, wenn er schon damals daran gedacht hätte, daß er noch Kinder bekommen werde. [7]

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Juni 1871 in der Berufungssache Stürmer c. Grünhof.

5) Das Vortriebsrecht des Verpächters einer Schafweide dem Pächter gegenüber.

Die Gemeindcrechtsbesitzer zu J. hatten die ihnen zustehende Sommer= und Winterschafweide auf der Markung J. für das Jahr 1865 um die Summe von 594 fl. an den Schäfer Caspar Glorian verpachtet. Dieser bezahlte jedoch nur einen Theil des Pachtschillings und setzte der auf Bezahlung des Restes erhobenen Klage die Einwendung entgegen, daß ihm dadurch, daß die Verpächter unberechtigter Weise das Stoppelfeld mit ihrem Rindvieh beweidet haben, ein bedeutender Schaden erwachsen sei, welchen er weit höher als den noch rückständigen Pachtschillingsrest berechnete. Von den Verpächtern wurde nicht bestritten, daß sie nach der Erndte ihr Rindvieh vor dem Schäfer auf die Stoppelfelder getrieben haben, sie machten jedoch geltend, daß sie hiebei in Ausübung eines ihnen nach Art. 3 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 zustehenden Rechtes gehandelt haben, wonach, wenn die Getreidefelder abgeleert seien, der Schäfer, nur vorbehältlich des Vortriebsrechtes für das Rindvieh, berechtigt sei, die Stoppeln nach vorgängiger Anzeige bei dem Ortsvorstand zu befahren. Unter dem hier erwähnten Vortriebsrecht sei das Recht des Eigenthümers verstanden, die nach der Erndte noch vorhandenen

---

[7] Vorarbeiten zum Landrecht, S. 216.

abgefallenen Aehren und das sich vorfindende hohe Gras zum Futter für das Rindvieh zu verwenden, während das nachwachsende niedere Gras das Futter für die Schafe bilde. Dieses Recht habe das Gesetz dem Eigenthümer vorbehalten und dieses Recht, auf welches sie in dem Pachtvertrage nicht verzichtet haben, nehmen die Verpächter als Grundeigenthümer für sich in Anspruch. Seiten des Pächters Glorian wurde dagegen geltend gemacht, daß das fragliche Vortriebsrecht nur beansprucht werden könne seiten des Eigenthümers gegenüber von einem dritten Schafweideberechtigten, nicht aber seiten des Schafweideberechtigten gegenüber von seinem Pächter, über dessen Rechtsverhältniß lediglich der Pachtvertrag entscheiden könne. Habe der Verpächter in diesem sich das Recht, sein Rindvieh vor den Schafen auszutreiben, nicht ausdrücklich vorbehalten, so würde es der Vertragstreue wenig entsprechen, wenn er ein solches die Schafweide wesentlich beschränkendes Recht für sich in Anspruch nehmen wollte, und thue er es dennoch, sei er schadenersatzpflichtig. Der so begründete Entschädigungsanspruch des Schafweidepächters wurde jedoch nicht als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Soweit Beklagter seine Entschädigungsforderung darauf gegründet hat, daß die Kläger überhaupt mit ihrem Rindvieh ein Vortriebsrecht auf den Stoppelfeldern der verpachteten Weide in dem Umfange, den der Art. 3 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 im Auge hat, ausgeübt haben, erscheint dieselbe als unbegründet. Denn, wenn es auch richtig ist, daß das Schäfereigesetz zunächst das Rechtsverhältniß zwischen dem weidepflichtigen Grundeigenthümer und dem Schafweideberechtigten reguliren wollte und daß im Verhältnisse des Pächters einer Schafweide zum Verpächter in erster Linie der abgeschlossene Pachtvertrag maßgebend ist, so sind doch dort allgemein die Beschränkungen festgesetzt, welchen der Schafweideberechligte im Interesse der Grundeigenthümer und des Feld-

baues unterworfen ist, so daß, wenn der Pachtvertrag nichts Anderes festsetzt, anzunehmen ist, daß auch der Pächter einer Schafweide diese Beschränkungen zu dulden habe. Daß aber im vorliegenden Falle die Verpächter auf das ihnen hienach zustehende Vortriebsrecht mit dem Rindvieh verzichtet haben, ergeben weder die von dem Beklagten angeführten Stellen des Pachtvertrages, noch die von ihm erwähnten Aeußerungen der Kläger, in der sie ausdrücklich des ihnen gebührenden Vortriebsrechtes Erwähnung thun.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Juni 1871 in der Berufungssache Glorian c. Frankenreiter.

6) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde.[8]

a. Das Liegenschaftsveräußerungs-Gesetz vom 23. Juni 1853 verlangt in Art. 2, Ziff. 6 die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der nach Art. 1 zur Giltigkeit von Kaufverträgen über Gebäude und Grundstücke erforderlichen Vertragsurkunde. Hiemit ist ausgesprochen, daß über die Frage, was Gegenstand des Kaufvertrages über ein Gebäude- oder Grundstück ist, nur der Inhalt der Vertragsurkunde entscheidet, daß, wie dieß von dem Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen worden ist, die Vertragsgegenstände aus der Urkunde selbst, also insbesondere ohne Kenntniß der Vertragsunterhandlungen, für jeden Dritten erkennbar sein müssen. Zur Feststellung der Vertragsgegenstände dürfen daher die dem Vertragsabschluß vorausgegangenen Unterhandlungen der Kontrahenten, oder etwaige, demselben nachgefolgten Umstände, welche über die Willensmeinung der Kontrahenten Aufschluß zu geben geeignet wären, nicht zu Hilfe genommen werden. Es ist

---

[8] Vergl. dieses Archiv, Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 ff.; Bd. VIII, S. 119 ff.; Bd. X, S. 434 f.; Bd. XII, S. 235 f.; Bd. XIII, S. 154 f. Bd. XIV, S. 372 ff.; Tafel, Civilrechtsspr., Bd. III, S. 255 ff.; Bd. V. S. 230 f.

deßhalb unerheblich, was die Parteien über die Vertragsunterhandlungen, die Besprechung über die Rentabilität des Anwesens und die beabsichtigte Vermiethung eines Theiles des letzteren an den Verkäufer vorgebracht haben.

Nach welchen Merkmalen die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände zu geschehen habe, ist zwar in dem Gesetze nicht gesagt; dagegen ergibt sich aus den ständischen Verhandlungen und aus dem Zwecke des Gesetzes, Streitigkeiten über die Identität der Vertragsgegenstände, sowie Uebereilungen und Uebervortheilungen vorzubeugen, daß zwar nicht eine in's Einzelnste gehende Beschreibung, immerhin aber eine solche Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der Urkunde erfordert wird, aus welcher diese *in ihrer Besonderheit* erkannt werden können und wodurch ihre Identität außer Zweifel gestellt wird .... Blose Vermuthungen darüber, was in der Urkunde als verkauft habe bezeichnet werden wollen, können das von dem Gesetze verlangte Erforderniß der *bestimmten Bezeichnung* der Vertragsgegenstände nicht ersetzen.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Juni 1872 in der Berufungssache Klumpp c. Kettenbach.

b. In der über den Kauf eines Mühleanwesens aufgenommenen Vertragsurkunde war die verkaufte Liegenschaft dahin bezeichnet worden: „F. M. verkauft sein am Fuße des Galgenberges dahier gelegenes Mühleanwesen, wie solches auf ihn in den öffentlichen Büchern zu Ulm eingetragen ist, sammt Wasserwerk und Allem, was niet- und nagelfest ist und wie solches in gegenwärtigem Zustand sich befindet, mit allen darauf ruhenden Lasten und Rechten." Diese Bezeichnung wurde als dem Gesetze nicht entsprechend angefochten, indem zwar zugegeben wurde, daß ein zweites Mühleanwesen in Ulm am Fuße des Galgenberges nicht existire, dagegen geltend gemacht wurde, daß die allgemeine Verweisung auf den Eintrag des Kaufobjektes in die öffentlichen Bücher — in dem Kaufbriefe —

ohne genaue Angabe der betreffenden Bücher, der Bände- und Seitenzahlen der Bestimmung des Gesetzes nicht entspreche. Die Gerichte waren anderer Ansicht und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Da anerkanntermaßen außer dem verkauften Mühle-Anwesen kein zweites am Fuße des Galgenberges gelegenes existirt, so war das Kaufsobjekt durch die Verweisung auf dessen nähere Beschreibung in den öffentlichen Büchern im Sinne des Gesetzes mit genügender Bestimmtheit bezeichnet.

Entscheidung des Obertribunals vom 29 Februar 1872 in der Berufungssache Kohner c. Müller.

c. In der über einen Kaufvertrag von Liegenschaft aufgenommenen Urkunde vom 23. Januar 1867 war das Kaufsobjekt dahin bezeichnet: „Christian G. verkauft an Karl G. von dem ihm zugehörigen Acker Parz.-Nr. 108 im Bronnenstein an der Landstraße nach Blaubeuren einen Morgen neben der neu anzulegenden Straße, welcher der Länge des Ackers nach nicht über die Hälfte des ganzen Ackers gehen darf, und welcher in den nächsten Tagen durch einen Geometer weggemessen werden soll." Der Vertrag wurde als nichtig angefochten, weil der Kaufsgegenstand in der Vertragsurkunde nicht bestimmt bezeichnet sei. Diese Anfechtung wurde nicht für gegründet erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals: Der Art. 2 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 schreibt die bestimmte Bezeichnung des Vertragsgegenstandes vor. Wie das Obertribunal in gleichen Fällen schon wiederholt angenommen hat, ist dieser Anforderung des Gesetzes auch durch eine Bezeichnung, wie sie in der Vertragsurkunde vom 23. Januar 1867 ihren Ausdruck erhalten hat, genügt. Es ist in dieser Urkunde angegeben, daß von der Parzelle Nr. 108 des Beklagten, an der Landstraße nach Blaubeuren gelegen, ein Morgen verkauft werde, daß dieser Morgen neben der neu anzulegenden Straße der Länge des Ackers nach so weggemessen

werden solle, daß er nicht über die Hälfte des ganzen Ackers gehen dürfe. Hiemit ist das Grundstück, von welchem ein Theil verkauft worden ist, ebenso der Flächeninhalt des verkauften Stückes speziell und genau bestimmt und auch angegeben worden, daß dieses Stück an der neu anzulegenden Straße zu liegen habe. Für die Zumessung, welche erfolgen sollte, waren hiedurch hinlängliche Anhaltspunkte gegeben, und kommt, abgesehen davon, daß die Kontrahenten durch die Unterlassung der Bestimmung der weiteren Grenzen ausgedrückt haben, es werde von ihnen im Uebrigen letzteren ein gleiches Gewicht nicht beigelegt, in Betracht, daß nach diesen Vertragsbestimmungen die Grenzregulirung nicht mehr von dem Belieben der Kontrahenten abhängen konnte, sondern sie sich gegenseitig eine angemessene Zumessung gefallen lassen mußten. Durch die Bestimmung, es habe eine Zumessung zu erfolgen, war demnach der Vertragsgegenstand so bestimmt, daß die endliche Feststellung des betreffenden Ackertheils nur noch Sache des Vertragsvollzuges war. Wenn das Liegenschaftsgesetz die bestimmte Bezeichnung des Vertragsgegenstandes verlangt, so ist durch eine Bezeichnung der vorliegenden Art seinem Zwecke genügend entsprochen, indem dieselbe mit hinreichender Sicherheit erkennen läßt, was verkauft und gekauft werden wollte, und in dieser Hinsicht Weiteres nicht in der Absicht des Gesetzes liegt.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1871 in der Berufungssache Goll c. Noll.

7) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Tages der Vertragschließung in der Vertrags-Urkunde.[9]

Am 13. November 1870 schlossen Kaufmann M. und Zimmermeister K. einen Kaufvertrag über ein Mühleanwesen ab und wurde der Vertrag sofort in doppelter Ausfertigung niedergeschrieben und von beiden Kontrahenten

[9] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 253 ff.

unterzeichnet. Beide Urkunden enthielten zur Zeit der Unterzeichnung das richtige Datum des Kaufsabschlusses vom 13. November 1870; in dem einen zuerst geschriebenen und unterzeichneten Exemplare, welches der Käufer zur Hand nahm, wurde aber dieses richtige Datum nach der Unterschrift, angeblich noch in Gegenwart der Parteien und von dem Verfasser der Urkunde, in den 14. Novbr. 1870 umgeändert. Auf Grund dessen, weil hienach das eine Vertragsexemplar ein unrichtiges Datum trage, wurde von dem auf Bezahlung des Kaufschillings belangten Käufer der Vertrag als nichtig angefochten. Diese Anfechtung wurde nicht als gegründet erkannt, und es besagen diesfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Es liegt eine Kaufsurkunde, von beiden Kontrahenten unterzeichnet, vor, welche das anerkanntermaßen richtige Datum des Kaufsabschlusses trägt. Daneben hat der Beklagte ein Exemplar des Kaufvertrages beigebracht, welches bei dem Kaufsabschlusse als für ihn bestimmt ausgefertigt wurde und welches ein von der Zahl 13. in die Zahl 14. November korrigirtes Datum trägt, und glaubt hiemit die Nichtigkeit des abgeschlossenen Kaufsgeschäftes wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form dargelegt zu haben. Das Gesetz, indem es schriftliche Abfassung der Kaufverträge über Liegenschaften vorschreibt, hat nicht eine Mehrzahl, sondern nur Eine seinen Bestimmungen gemäß abgefaßte schriftliche Urkunde verlangt. Liegt nun eine Urkunde mit anerkannt richtigem Datum, daneben eine zweite mit anerkannt unrichtigem Datum versehene Urkunde vor, so kann, gleichviel unter welchen Umständen die Korrektur in der falsch datirten Urkunde vor sich gegangen sein mag, die anerkannt (bezüglich des Datum) falsche Kaufsurkunde der in dieser Beziehung ächten Urkunde keinen Eintrag bringen, und es erscheinen in dieser Beziehung die gesetzlichen Erfordernisse in Absicht auf die Giltigkeit des Kaufvertrages als vollkommen gewahrt. Es kommt in vorliegendem Falle hinzu, daß auch das zweite von dem Beklag=

ten vorgelegte, nach dessen Angabe zuerst gefertigte Exemplar bei dessen Unterzeichnung durch die Kontrahenten unbestritten das richtige Datum trug und die den Tag des Kaufabschlusses bezeichnende Zahl erst nachher abgeändert wurde. Sonach war schon mit der Unterzeichnung dieser Urkunde die von dem Gesetze vorgeschriebene schriftliche Form vollendet und ebendamit der Vertrag geschlossen. Hieran konnte durch eine nachträgliche einseitige Aenderung des Datums seiten des Verfassers der Urkunde Nichts geändert und der giltig geschlossene Vertrag nicht nachträglich vernichtet werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Februar 1872 in der Berufungssache Kohner c. Müller.

8) Liegenschaftsgesetz; findet auf die Beendigung der Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums durch die Abfindung des einen Gesellschafters bei Auflösung der Gesellschaft keine Anwendung.

Jakob Walcher und Christian Koch hatten am 14. Febr. 1867 von Johann Georg Barth ein Anwesen um den Preis von 2150 fl. zum Zwecke gewinnbringender Wiederveräußerung gemeinschaftlich erkauft. Am 16. April 1867 vereinbarten sie sich jedoch, weil in jetziger Zeit das Anwesen nicht zu veräußern sei, dahin, daß Christian Koch von dem erkauften Anwesen gänzlich abtrete und solches dem Jakob Walcher gegen eine Entschädigung von 6 fl. 33 kr. allein überlasse. Jakob W. hat denn auch die 6 fl. 33 kr. an Christian Koch bezahlt und den Kaufschilling des Anwesens an Johann Georg Barth allein abgetragen. In der Folge wurde jedoch die Vereinbarung vom 16. April 1867 von Walcher angefochten und von ihm verlangt, daß Koch ihm die Hälfte des von ihm an Barth bezahlten Kaufschillings ersetze, indem er geltend machte, daß die gedachte Vereinbarung als ein Kaufvertrag aufzufassen sei, als solcher aber mangels der durch das Liegenschaftsgesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht zu Recht

bestehen könne. Hiegegen wurde in den Entscheidungsgründen des Obertribunals bemerkt:

Durch den Vertrag vom 16. April 1867 ist das zwischen den Parteien in Betreff des gemeinschaftlich erworbenen Anwesens bestehende Gesellschaftsverhältniß in der Weise aufgelöst worden, daß dem Kläger der Gesellschaftsantheil des Beklagten gegen die Verpflichtung überlassen worden ist, die den Beklagten treffende Hälfte des Kaufschillings für diesen an Johann Georg Barth abzutragen und daneben dem Beklagten eine Vergütung von 6 fl. 33 kr. zu bezahlen. Hiedurch wird der klägerische Anspruch ausgeschlossen, da der Kläger mit der vollständigen Befriedigung des Barth im Verhältniß zum Beklagten nur eine ihm obgelegene Verpflichtung erfüllt hat. Der Vertrag vom 16. April 1867 ist kein Kaufvertrag, er stellt sich, wie er in der damals abgefaßten Urkunde enthalten ist, als solcher mit keinem Worte dar, sondern enthält die Auflösung der zum Zwecke gewinnbringender Wiederveräußerung eingegangenen Gesellschaft. Um diesen Erfolg in dieser Weise herbeizuführen, bedurfte es für die Kontrahenten, auch wenn der Beklagte Koch von der ihm zugefallenen ideellen Hälfte des Barth'schen Anwesens Besitz und Eigenthum erworben hatte, der Abfassung eines Kaufvertrages nicht. So wenig die Beendigung der Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums durch reelle Theilung mit einem Tauschvertrage identisch ist,[10] so wenig ist die Beendigung dieser Gemeinschaftlichkeit durch Abfindung des einen Gesellschafters mit einem Kaufvertrage identisch. Unstreitig hätten zwar die Parteien zu Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges eines Kaufvertrages in der Weise sich bedienen können, daß der Beklagte seine ideelle Hälfte an dem Anwesen an den Kläger um einen der auf ihn entfallenden Hälfte des Kaufschillings gleichkommenden Preis zuzüglich der Vergütung von 6 fl. 33 kr.

---

[10] Württ. Archiv, Bd. XII, S. 236 ff.

verkauft hätte, wobei, daß Kläger jene Hälfte des Kaufschillings anstatt an den Beklagten sofort an dessen Gläubiger Barth bezahle, als Nebenberedung hätte festgesetzt werden können. Allein es ist Angesichts des Inhalts der Vertragsurkunde vom 16. April 1871 unerweislich, daß die Parteien sich dieses weitläufigen Weges haben bedienen wollen.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. November 1871 in der Berufungssache Walcher c. Koch.

9) Miethvertrag; Schadenersatzverbindlichkeit des Vermiethers bei vorzeitiger Austreibung des Miethers in Folge des Verkaufes der Miethlokale.

Nach den geltenden Rechtsgrundsätzen über die Sachenmiethe ist der Vermiether verpflichtet, dem Miether die Benützung des vermietheten Objektes während der vertragsmäßigen Miethzeit zu gewähren und hat derselbe auch für die Handlungen Dritter einzustehen, welche den Miether in Ausübung seiner vertragsmäßigen Berechtigung stören, soweit er solche Handlungen hätte verhindern können — l. 24, §. 4, l. 33 D. locati (19, 2). — Hat der Vermiether durch eigenes Verschulden sich außer Stand gesetzt, den Miethvertrag zu erfüllen, so haftet er dem Miether für dessen volles Interesse — l. 33, l. 15, §. 8 D. eod. — Der Miether kann, falls ihm von dem Vermiether nicht Gelegenheit zur Erlangung einer anderweitigen Miethwohnung geboten wird, selbst sich anderwärts einmiethen und Ersatz hiefür von dem Vermiether insoweit verlangen, als er hiebei nicht arglistig handelt l. 28, §. 2 D. eod.

Auf Grund dieser Rechtsgrundsätze wurde in einem Falle, in welchem der Vermiether das vermiethete Lokal, einen Laden nebst Wohngelassen, vor Ablauf der vertragsmäßigen Miethzeit verkauft und der Käufer dem Miether die Fortsetzung des Miethverhältnisses, das kontraktmäßig bis Georgii 1869 hätte dauern sollen, nur bis Jakobi 1868 gestattet hatte, der Miether aber in Folge dessen genöthigt

worden war, ein für seine Zwecke geeignetes Lokal um einen höheren Preis zu miethen, der Vermiether für verbunden erkannt, dem Miether den Mehraufwand für Miethe von Jakobi 1868 bis Georgii 1869 zu ersetzen, indem angenommen wurde, daß ein durch eigene Handlung des Vermiethers herbeigeführter Vertragsbruch vorliege, für welchen er dem Miether einzustehen habe. Zwar hatte der Vermiether dem Käufer anbedungen, daß er in die bestehenden Miethverträge einzutreten habe; allein es hatte sich der Käufer hieran nicht gekehrt und dem Miether dennoch gekündigt und ihn ausgetrieben, und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: Die Aufnahme der angeführten Bedingung in den Kaufvertrag befreit den Vermiether nicht von der Verbindlichkeit zum Schadenersatz, da es seine Sache gewesen wäre, sich gegenüber von dem Käufer, der, wie er seit Georgii 1868 wohl wußte, die Fortdauer des Miethverhältnisses nicht gestattete, in dieser Beziehung gehörig zu sichern; während der Miether gegenüber von dem neuen Erwerber, der mit ihm in kein Vertragsverhältniß getreten war, kein Mittel hatte, die Fortsetzung des Miethsverhältnisses zu erzwingen. Das Verhalten des Vermiethers gegenüber von dem Miether enthält daher eine Verletzung des Miethvertrages, welche den Miether zum Anspruch auf Ersatz seines vollen Interesses wegen dieses schuldhaften Benehmens des Vermiethers berechtigt. Der Letztere, sagen die Entscheidungsgründe weiter, hat unbestrittenermaßen Nichts gethan, um sich von den Folgen seiner Vertragsverletzung durch Anschaffung eines gleichwerthigen Lokals für den Miether zu befreien. Ebensowenig haben dieselben dafür Etwas beizubringen vermocht, daß der Miether in Aufsuchung und Erwerbung eines anderweitigen Lokals Etwas versäumt oder arglistig gehandelt habe. Dagegen ist . . . dargethan, daß der Miether sich um Erlangung eines andern Lokals mehrfach bemühte und daß in jener Zeit die Ausmittlung derartiger Lokale nicht leicht war. Wenn der Vermiether

dem Miether einen Vorwurf daraus macht, daß er nicht ein bestimmtes anderes um fragliche Zeit zur Vermiethung ausgebotenes billigeres Lokal gemiethet habe, so ist diese gegen den Schadenersatzanspruch gerichtete Einwendung ungegründet, weil dieses Lokal nicht gleichartig mit dem bisherigen Miethlokal war. Es kommt in dieser Beziehung entscheidend in Erwägung, daß in diesem Lokal die Parterreräumlichkeiten hinter dem Laden dunkler und also für den Geschäftsbetrieb des Miethers, eines Antiquitäten- und Kleiderhändlers, weniger geeignet waren, und daß schon deßwegen dem Miether, der ein Lokal gleicher Qualität und gleicher Bequemlichkeit für seinen Geschäftsbetrieb anzusprechen hatte, nicht zugemuthet werden konnte, sich mit dieser geringeren Ladeneinrichtung zu begnügen und sich zum Ersatz auf die oberen Räume eines Stockwerkes verweisen zu lassen. . . . Der höhere Betrag des Miethpreises für das von dem Miether bezogene Lokal gibt nach den vorliegenden Umständen an sich noch keinen Grund zu der Annahme, daß der Miether durch Miethung dieses Lokals arglistig gehandelt habe. Der Vermiether wußte nicht nur kein anderweitiges Lokal zu benennen, das dem Miether zu jener Zeit zur Verfügung gestanden wäre, sondern es lassen auch die erwiesenen wiederholten und vergeblichen Bemühungen des Miethers in Aufsuchung eines andern Miethlokals keinen Raum für eine solche Annahme übrig. Wenn gegen den Schadenersatz-Anspruch noch eingewendet wird, daß sich der erhöhte Miethzins durch die größeren Vortheile des neuen Lokals für den Geschäftsbetrieb ausgleicht, so fehlt es diesem Vorbringen an thatsächlicher Begründung.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. April 1872 in der Berufungssache Winkler c. Pflüger.

10) Schadenersatzpflicht des Verpächters wegen Störung des Pächters im Genusse des Pachtobjektes.

Nach dem bestehenden Rechte hat der Verpächter dem Pächter wegen Störung im Genusse des Pachtobjektes das

volle Interesse dann zu prästiren, wenn er die Störung schuldhaft herbeigeführt oder, falls sie von dritter Seite kam und er sie abwenden konnte, nicht abgewendet hat, wogegen er, wenn die Störung ohne seine Schuld oder ohne eine Möglichkeit, von seiner Seite das Uebel abzuwenden, geschah, nur den Anspruch auf das Pachtgeld aufgeben muß.[11] Die auf Grund der l. 7 und 8 D. loc. (19, 2) aufgestellte Behauptung, daß, wenn die Störung von einem Dritten herrühre, der Afterpächter von seinem Verpächter, auch wenn dieser außer Verschuldung sei, das volle Interesse anzusprechen habe, ist nicht gegründet, denn die angeführten Gesetzesstellen enthalten diesen Grundsatz nicht. Indem sie von dem besonderen Falle der Verpachtung einer mit einem rechtlichen Mangel behafteten Sache handeln, gehen sie keineswegs von einer Schuldlosigkeit des Verpächters aus, vielmehr wird in ihnen die Handlung der Verpächter, wie überhaupt bei eintretender Eviktion geschieht — l. 9 pr. D. loc. (19, 2) —, der subjektiven Verschuldung gleichgestellt und so die Regel, daß der Verpächter das Interesse nur im Falle einer Schuld zu prästiren hat, lediglich bestätigt.[12]

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Februar 1872 in der Berufungssache Kaufmann c. Geßler.

11) Zum Begriffe der gemeinen Anweisung.

Die Anweisung enthält den Auftrag des Anweisenden an den Anweisungsempfänger, von dem Angewiesenen

---

[11] **Glück**, Komm. Bd. XVII, S. 357—359, 366, 367; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, S. 653; **Keller**, Pand. S. 636; **Windscheid**, Pand. Bd. II, §. 400, S. 457; **Holzschuher**, Theorie und Kasuistik, Bd. III, S. 872—873; **Unterholzner**, Schuldverh., Bd. II, S. 337, 333.

[12] **Sintenis**, a. a. O. S. 653—654 und Note 52; **Unterholzner**, a. a. O., S. 332, 333 u. Note f.; **Windscheid**, a. a. O., S. 457 u. Note 4, vergl. §. 264, S. 51, §. 315, S. 187 und Note 3; **Glück**, a. a. O., S. 358; **Holzschuher**, a. a. O., S. 873.

eine gewisse Leistung in Empfang zu nehmen und an den Letzteren, diese Leistung dem Anweisungsempfänger zu machen. [13] Durch die Ertheilung dieses Auftrags wird ein obligatorisches Rechtsverhältniß weder zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen, noch zwischen Diesem und dem Anweisungsempfänger begründet. Vielmehr wird der Angewiesene gegenüber dem Anweisenden erst mit der Annahme des von Diesem ertheilten Zahlungsauftrags verpflichtet, letzteren zu erfüllen. Diese Annahme kann gegenüber dem Anweisenden entweder direkt, oder aber durch Vermittlung des Anweisungsempfängers, welcher den Auftrag des Anweisenden dem Angewiesenen überließ, erfolgen. Mag die Annahme auf die eine oder andere Weise erfolgen, so bleibt ihre rechtliche Wirkung dieselbe. Insbesondere wird durch diese Annahme für den Anweisungsempfänger kein selbständiges Recht gegen den Angewiesenen geschaffen. Vielmehr kann Ersterer gegen den Letzteren nur die Rechte des Anweisenden geltend machen, woraus folgt, daß, wenn dieser ein Recht nicht mehr hat oder nicht mehr ausüben darf, auch der Anweisungsempfänger den Angewiesenen nicht mehr in Anspruch nehmen kann.

Anders verhält es sich bei den sog. kaufmännischen Anweisungen, bei welchen die gegen den Anweisungsempfänger erklärte Annahme des Zahlungsauftrags zufolge eines Handelsgebrauches und jetzt zufolge gesetzlicher Bestimmung (Handelsgesetzbuch Art. 300) den Angewiesenen zur Erfüllung des Auftrags gegenüber dem Anweisungsempfänger selbständig verpflichtet.

Dagegen wird bei den gemeinen Anweisungen ein selbständiges obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen dem

---

[13] **Puchta**, Pand., §. 326; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, §. 113, Ziff. IV; **Weiske**, Rechtslexikon, Bd. I, S. 327; **Unger**, Inhaberpapiere, S. 83; Dresdener Entwurf, Art. 717; Württ. Archiv, Bd. XI, S. 73 ff.; Bd. XIII, S. 164; **Seuffert**, Archiv, Bd. XVIII, Nr. 135.

Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen nur dann begründet, wenn dieser sich gegenüber dem Ersteren ausdrücklich verbindlich macht, die Zahlung an denselben zu leisten.[14] Geschieht Letzteres, so erwirbt der Anweisungsempfänger auf Grund der von dem Angewiesenen übernommenen Verpflichtung gegen diesen einen von dem Rechte des Anweisenden unabhängigen Anspruch, welcher gegenüber insbesondere aller Einreden aus dem Verhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen ausgeschlossen sind.[15]

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Juni 1872 in der Berufungssache K. Hofbank c. Eisenbahnbaukommission.

12) Interzession für ein von einem Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormunds eingegangenes Rechtsgeschäft.

Nach württemb. Rechte kann der Minderjährige, wie nach römischem Rechte der Pupille, ohne Zustimmung des Vormunds sich nicht giltig verpflichten und gilt dieß nicht blos von Veräußerungen, welche er vornimmt — Landrecht Thl. II. Tit. 26, §. 2.[16] — Allein die Interzession, namentlich die Bürgschaft für ein von einem Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormundes eingegangenes Rechtsgeschäft ist nach gemeinem Rechte nicht unzulässig,

---

[14] Puchta, Pand., §. 326 und Vorles., Bd. II, S. 173; Weiske, Rechtslexikon, Bd. I, S. 330; Arndts, Pand., §. 295; Heise u. Cropp, jurist. Abh. Bd. II, S. 354—357; Thöl, Handelsrecht, Bd. I, §. 122, 125; Unger, Inhaberpapiere, S. 83; Württ. Archiv, Bd. XI, S. 79 ff., Bd. XIII, S. 164 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. XVIII, Nr. 135; Busch, Archiv, Bd. XII, S. 287 ff.

[15] Thöl, Handelsrecht, Bd. I, §. 125; Salpius, Novation und Delegation, S. 479 ff.; Dresdener Entwurf, Art. 720; Württ. Archiv, Bd. XI, S. 83, 85.

[16] Sarwey, Monatschrift, Bd. XVI, S. 124; Württ. Archiv, Bd. XII, S. 5¹, N. 7, S. 388; Bd. III, S. 174; Lang, Handb. des württ. Personenrechtes, S. 20, 21, 24.

der Interzedent kann sich auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners in einem solchen Falle selbst dann nicht berufen, wenn der Minderjährige durch ein solches Rechtsgeschäft nicht bereichert worden ist — l. 127 D. de verb. obl. (45, 1); l. 42 pr. D. de jurejurando (12, 2); l. 2 D. de fidejuss. et mand. (46, 1); l. 35 D. de receptis (4, 8); l. 95, §. 4 D. de solut (46, 3); l. 25 D. de fidejussor. (46, 1).[17] — Es ist nicht abzusehen, wie durch das württ. Landrecht Thl. II., Tit. 26, §. 2, welches diese Frage in keinerlei Weise berührt, an diesem gemeinrechtlichen Grundsatze etwas geändert worden sein soll. Durch die fragliche Bestimmung des Landrechtes ist der Minderjährige in Ansehung seiner Handlungsfähigkeit dem Pupillen, wie dessen Handlungsfähigkeit durch das römische Recht bestimmt ist, gleichgestellt, die hier vorliegende Frage aber, ob auch der Interpedent sich auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners berufen kann, beantwortet sich in Ermanglung einer Bestimmung des einheimischen Rechtes nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes.

Entscheidung des Obertribunals vom 23./30. März 1872 in der Berufungssache Römer c. Stierlen.

13) Die Formvorschriften des Pfandentwicklungsgesetzes gelten für alle Arten von Interzessionen der Frauenspersonen.

Der Art. 5 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 bestimmt, daß die Interzession oder Bürgschaft einer

[17] Thibaut, Pand., 7. Aufl., §. 530, Note 3; Glück, Komm. Bd. IV., S. 62—79, insbes. S. 69; Mühlenbuch, Pand., Bd. II, §. 330, Note 5, §. 485, Note 5; Göschen, Vorles., Buch IV, §. 428, S. 169; Sintenis, Civilrecht, Bd. I, §. 17: Vangerow, Pand, 6. Aufl., Bd. I, §. 279, S. 591 ff., insbes. S. 596 lit. b; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 237, S. 372, Note h; Windscheid, Pand., 2. Aufl., §. 289, Bd. II, S. 114, S. 115, Note 12, lit. f.; Keller, Pand., §. 227, S. 451 ff., insbes. S. 453, Ziff. 4; Savigny, Obligationenrecht, Bd. I, S. 61—76, insbes. S. 68, 72; Seuffert, Archiv, Bd. XX, Nr. 130.

Frauensperson formell nur dann giltig ist, wenn sie von einer mit der streitigen oder willkürlichen Gerichtsbarkeit versehenen Stelle oder Deputation übernommen wurde und der Art. 6 hebt ausdrücklich hervor, daß jede nicht vor einer solchen Stelle geschehene Interzession einer Frauensperson (mit einziger Ausnahme der Handelsfrauen in Handelsangelegenheiten) nichtig sei. Der Berufung einer Frau auf diese Vorschrift wurde entgegengehalten, daß solche nicht für alle Fälle der Interzession im weiteren Sinne, sondern nur für die Bürgschaft ertheilt sei, während es sich im gegebenen Falle um eine Novation oder Expromission handle, auf welche die Vorschrift keine Anwendung finde. Hiegegen wurde in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt:

Daß die gedachte Auslegung des Gesetzes unrichtig ist, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte der bezüglichen Bestimmungen. Das ältere württembergische Recht hatte für die Interzessionen der Frauenspersonen keine besonderen Vorschriften, insbesondere das württ. Landrecht hob nur hervor, daß keine Weibsperson sich für ihren Ehemann um Schulden oder in anderen Kontrakten und Handlungen verbände (Landrecht, Thl. II, Tit. 29, §. 1). Im Allgemeinen galten in Württemberg bezüglich der Interzessionen der Frauenspersonen ganz die römischrechtlichen Vorschriften, wie sie in dem Senatus consultum Vellejanum und in der späteren römischen Gesetzgebung enthalten sind und sich auf alle Geschäfte beziehen, durch welche eine Frauensperson die Schuld eines Anderen, ohne schon nach allgemeinen Grundsätzen dazu verbunden zu sein, kumulativ oder privativ übernimmt.[18]

Das Pfandgesetz vom 15. April 1825 bestimmte in Art. 21, daß eine Frauensperson ihr Eigenthum für eine fremde Schuld verpfänden könne, wenn sie, gehörig belehrt, auf die Rechtswohlthaten verzichtet habe. Das Ergänzungs-

[18] **Wächter**, württ. Privatrecht, Bd. I, S. 465 ff.

gesetz von demselben Tage aber setzte in Art. 1 fest, unter Beobachtung der Vorschriften des Pfandgesetzes, Art. 21 und 22 sei „jede Interzession einer Frauensperson" ohne Unterschied giltig, und die Vollzugsverordnung vom 21. Mai 1825 hebt hiezu in §. 8 hervor, es sei künftig bei Einhaltung der vorgeschriebenen Form „jede Verschreibung einer Frauensperson für ihren Ehemann oder für einen Dritten" verbindend, und in §. 17 bestimmt die genannte Verordnung, „wenn die Frauenspersonen für ihre Ehemänner oder für Dritte sich verschreiben," so seien sie zu belehren, daß „ihre Verschreibungen an sich für Dritte unverbindend, für ihre Ehemänner aber sogar nichtig seien," welche Belehrung dann auch wieder in der Hauptinstruktion vom 14. Dez. 1825, §. 135 vorgeschrieben wird.

Wie hienach darüber kein Zweifel obwalten kann, daß das Ergänzungsgesetz von allen Interzessionen der Frauenspersonen im Sinne des römischen Rechtes handelt, so ergeben auch die dem Zustandekommen der Art. 5 ff. des Pfandentwicklungsgesetzes vorangegangenen Verhandlungen ganz unzweifelhaft, daß an dem Begriffe der weiblichen Interzessionen durch das genannte Gesetz Nichts geändert werden wollte.

Insbesondere wird in dem Entwurfe zu dem Gesetze und in den Motiven desselben, in dem Kommissionsberichte und in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten immer nur von „Uebernahme einer Verbindlichkeit," von „Interzessionen," „interzediren" gesprochen, ohne daß irgend ein Anhaltspunkt dafür vorläge, daß mit diesen Worten ein anderer als der gewöhnliche Begriff verbunden werden wollte, und nur um die Wirkung der vorgeschlagenen Sätze auf das häufigste unter den Begriff der Interzession fallende Geschäft zu zeigen, wird in dem Kommissionsberichte hervorgehoben, daß hienach die Frauenspersonen „gegen unbedachtsame Bürgschaften gesichert" sind. [19]

---

[19] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1828,

Indem aber das auf die Beschlüsse der Kammer der Abg. ergangene K. Reskript zum ersten Male den Ausdruck, „Interzession oder Bürgschaft" gebraucht, zeigt es durch die Hinweisung auf die Uebereinstimmung mit den Anträgen der Kammer deutlich, daß es mit dem genannten Ausdruck nichts Anderes bezeichnen wollte, als was in den Beschlüssen der Kammer der Abgeordneten mit „Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit (Interzession, Bürgschaft") und mit „interzediren" ausgedrückt worden war. Dieß wurde dann auch von der Kammer der Abgeordneten anerkannt, indem sie die in dem Reskripte formulirten Sätze den von ihr gefaßten Beschlüssen entsprechend fand und genehmigte.[20]

Hienach ist die Ansicht, daß das Pfandentwicklungsgesetz den Begriff der Interzession, für welche es nur Formvorschriften ertheilte, abgeändert und bei seinen Bestimmungen nur die eigentliche Bürgschaft, bezw. etwa die Fälle der kumulativen Interzession im Auge gehabt habe, unbegründet. Es wird also auch durch den dem Wort Interzession angehängten Beisatz „oder Bürgschaft" keineswegs der Begriff der Interzession näher bestimmt, sondern es wollte damit nur dem fremden Ausdruck Interzession, für welchen es ein entsprechendes deutsches Wort nicht gibt, die deutsche allgemein verständliche Bezeichnung desjenigen Rechtsgeschäftes an die Seite gestellt werden, welches die im Verkehre weitaus häufigste und deßhalb in den Augen des Nichtrechtsverständigen mit Interzession nahezu gleichbedeutende Art derselben darstellt.

Damit stimmt dann auch der Wortlaut des Pfandentwicklungsgesetzes durchaus überein, indem es die Bestimmungen über die Interzessionen der Frauenspersonen

---

2. a. o. Beil.-Heft, S. 123, 118 ff.; 4. a. o. Beil.-Heft, S. 158—171; 6. Prot.-Heft, S. 1533, 1540—1548.

[20] Kammer der Abg. von 1828, 7. Prot.-Heft, S. 1890—1892, 1907.

mit der Ueberschrift, „Aufhebung des Vellejanischen Rathsschlusses und der Auth. si qua mulier“ einleitet und nach der in Art. 5 (wie schon vorher in Art. 2) geschehenen Erwähnung der häufigsten Art der Interzession in den übrigen Artikeln konsequent immer nur von Interzessionen der Frauenspersonen redet, insbesondere in Art. 7 den jedenfalls von Interzessionen im weiteren Sinne handelnden Art. 1 des Pfandergänzungsgesetzes, soweit darin „besondere Belehrungen einer Frau über ihre Rechtswohlthaten und Verzichte auf solche zur Giltigkeit der weiblichen Interzession erfordert“ wird, für aufgehoben erklärt, in Art. 10, 11 und 12 endlich statt des Ausdruckes Interzession die Bezeichnung „Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit“ gebraucht.

So gehen denn auch die angesehensten württembergischen Rechtslehrer unzweifelhaft davon aus, daß die Vorschriften des Pfandentwicklungsgesetzes für alle Interzessionen im Sinne des gemeinen Rechtes gelten. [21] Hiemit übereinstimmend hat auch das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen, daß das württ. Recht darüber, welche Rechtsgeschäfte als Interzessionen zu betrachten und nach den durch das Pfandentwicklungsgesetz aufgestellten Normen zu beurtheilen seien, Nichts bestimme. [22]

Das hienach für den Begriff der Interzession maßgebende römische Recht versteht darunter jede freiwillige, durch Verhandlung mit dem Gläubiger erfolgende Uebernahme der einem Anderen obliegenden oder bevorstehenden Verbindlichkeit neben demselben oder anstatt desselben. [23]

---

[21] **Bolley**, Kommentar, Bd. III, S. 1137 ff.; **Wächter**, württ. Privatrecht, Bd. I, Abth. 2, S. 972; **Reyscher**, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 478.

[22] **Tafel**, Civilrechtssprüche, Bd. II, S. 36, Bd. IV, S. 59; **Sarwey**, Monatschrift, Bd. XIV, S. 109; württ. Archiv, Bd. XI, S. 192 ff.; **Hufnagel**, Mittheilungen, Bd. I, S. 396.

[23] **Arndts**, Pand., §. 359; **Sintenis**, prakt. Civilrecht, Bd. II, §. 129; **Seuffert**, Archiv, Bd. XV, S. 385, 388.

Wenn auch einzelne Rechtslehrer den Begriff der Interzession im Sinne des Senatus consultum Vellejanum enger fassen und von demselben insbesondere die gewöhnlich nur als Ausnahmefälle des S. C. Vellej. aufgeführten Fälle der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten mit dem animus donandi, oder gegen Bezahlung ausscheiden wollen, [24] so kann doch darüber kein gegründeter Zweifel bestehen, daß dem Begriffe der Interzession an sich, abgesehen von dem S. C. Vellej. solche Einschränkungen fremd sind, und daß das spätere römische Recht auch bei den Vorschriften für Interzession der Frauenspersonen von dem oben angegebenen weiten Begriffe der Interzession ausgeht. [25] Es konnte also auch das Pfandentwicklungsgesetz, ganz abgesehen davon, daß zur Zeit seiner Entstehung die Einschränkung des Begriffes der weiblichen Interzession im Sinne des S. C. Vellej. der Wissenschaft noch fremd war und daß seine Vorschriften sich auch auf die von dem S. C. Vellej. ohnehin unabhängigen Interzessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner erstrecken, nur von dem regelmäßigen weiteren Begriffe der Interzession, wie er oben angegeben ist, ausgehen.

Unter diesen weiteren Begriff aber fällt die in Frage stehende Uebernahme der ursprünglich nur den Ehemann berührenden Hälfte der betreffenden Schuld und es kann dahingestellt bleiben, ob die Interzession als kumulative oder als privative aufzufassen ist und ob letzterenfalls insbesondere eine wirkliche Novation des Schuldverhältnisses damit verbunden war. Denn der Art. 6 des Pfandentwicklungsgesetzes erklärt jede nicht vor einer gerichtlichen Stelle geschehene Interzession einer Frauensperson mit der alleinigen hier nicht zutreffenden Ausnahme der

---

[24] **Windscheid**, Pand., Bd. II, §. 485 und im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXXII, S. 287 ff.; **Vangerow**, Pand., Bd. III, S. 176 ff.

[25] **Vangerow**, Pand., Bd. III, S. 180 ff.; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, §. 129, N. 101.

Handelsfrauen für nichtig. Hiermit sind auch alle diejenigen Fälle, in welchen nach römischem Rechte ausnahmsweise die exceptio S. C. Vellej. nicht Platz griff und somit eine von einer Frauensperson ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form eingegangene Interzession dennoch für sie verbindlich war, unter die Vorschriften des Art. 5 gestellt, wie in dem Kommissionsberichte dießfalls ausdrücklich hervorgehoben ist, daß „mit den vorgeschlagenen Bestimmungen die exceptio und das beneficium S. C. Vellej. und die Authentica mit allen Ausnahmen" aufgehoben sein solle.[26] Hiedurch erledigen sich auch die Ausführungen, welche aus den Verhältnissen, wie solche zur Zeit der Uebernahme der Verbindlichkeit obwalteten, abzuleiten versuchen, daß hier gar keine wirkliche Interzession, auf welche die Vorschriften des Pfandentwicklungsgesetzes Anwendung finden könnten, vorliege. Wenn insbesondere hervorgehoben wird, daß die Frau von ihrem insolventen Manne einen Ersatz für das von ihr zu Leistende gar nicht erwartet habe, bezw. nicht habe erwarten können, so würde damit, die Richtigkeit der Behauptung vorausgesetzt, keineswegs der Begriff der Interzession ausgeschlossen, vielmehr nur ein der animo donandi eingegangenen Interzession ähnlicher, durch Art. 6 des Pfandentwicklungsgesetzes beseitigter, Ausnahmsfall begründet werden.[27] Wenn ferner von dem Gläubiger mit seiner weiteren Einwendung, daß er sich als Gegenleistung verpflichtet habe, die ihm zugewiesenen Waaren und Ausstände zur Gantmasse des Ehemannes, bei welcher die Frau interessirt gewesen sei, zurückzugeben, behauptet werden will, die Ehefrau habe für ihre Interzession eine Gegen-

---

[26] **Verhandlung der Kammer der Abgeordneten von 1828, 4. a. o. Beil.-Heft, S. 160; Bolley, Kommentar, Bd. III, S. 1145; Sarwey, Monatschrift, Bd. XIV, S. 110; württ. Archiv, Bd. XIV, S. 377.**

[27] **Seuffert, Archiv, Bd. XV, S. 388 ff.**

leistung erhalten, so könnte auch dieß höchstens einen der durch das Pfandentwicklungsgesetz aufgehobenen Ausnahmsfälle begründen.[28]

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Januar 1872 in der Appellationssache Seeger c. Härlin.

14) Die Einwendungen des Bürgen aus Versäumnissen des Gläubigers.

Die auf eine Nachlässigkeit des Gläubigers in Ausklagung des Hauptschuldners und den dadurch herbeigeführten Verlust der Forderung in dem Gante des Letzteren gestützte Einwendung des Bürgen läßt sich, wie von dem Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen worden ist,[29] von einem zweifachen Gesichtspunkte aus begründen.

Sofern nämlich dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht, haftet er dem Gläubiger nur für denjenigen Betrag seiner Forderung, für welchen Letzterer vom Hauptschuldner keine Befriedigung erhalten kann. Der Gläubiger hat daher in Beitreibung der Forderung bei dem Hauptschuldner die erforderliche Sorgfalt anzuwenden und wenn demselben hiebei eine Säumniß zur Last fällt, so erwächst dem Bürgen hieraus, soweit er dadurch in Nachtheil gerathen ist, auf Grund der Rechtswohlthat der Vorausklage eine zerstörliche Einrede. Hat aber der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet und damit auf die gedachte Rechtswohlthat verzichtet, so kann er aus dieser auch keine Einwendung wegen der Nachlässigkeit des Gläubigers in der Ausklagung des Hauptschuldners ableiten.[30] Wohl aber läßt sich eine derartige Einrede auch beim Verzichte des Bürgen auf die Rechtswohlthat der Vorausklage von einem andern Ausgangspunkte konstruiren. Der Bürge

---

[28] Sarwey, Monatschrift, Bd. XIV, S. 110; württ. Archiv, Bd. XIV, S. 377.

[29] Sarwey, Monatschrift, Bd. XIX, S. 295 ff.

[30] Sarwey, a. a. O., S. 297 ff.

kann nämlich von dem Gläubiger vor der Bezahlung Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner verlangen. Die auf Grund dessen dem Bürgen zustehende verzögerliche Einrede wird, wie das Obertribunal mehrfach angenommen hat,[31] in dem Falle, wenn der Gläubiger durch eigene Schuld die Klagenabtretung unmöglich gemacht hat, insoweit eine zerstörliche, als dem Bürgen durch die Unmöglichkeit der Klagenabtretung ein Schaden zugehen würde. Der Unmöglichkeit der Klagenabtretung wird dann von Vielen der Fall gleichgestellt, wenn der Gläubiger die Klage gegen den Hauptschuldner zwar an und für sich noch abtreten kann, aber nicht mehr mit aller Wirksamkeit, z. B. wenn dem Hauptschuldner vergantet worden ist.[32] Jedenfalls aber kann der Bürge, auch hievon ausgegangen, sich nicht auf jede Unmöglichkeit der Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner, sondern nur auf die vom Gläubiger verschuldete berufen und es hat daher derselbe, wenn er aus der Verbindlichkeit des Gläubigers zur Klagenabtretung die Einrede der Befreiung von der Bürgschaft ableitet, zur Begründung dieser Einrede darzuthun, daß dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last falle, welche den Verlust des Klagerechtes gegen den Hauptschuldner zur Folge gehabt habe, wogegen dann der Gläubiger, wenn er die Einrede des Bürgen entkräften will, replicando zu behaupten und zu beweisen hat, daß durch jene Nachlässigkeit dem Bürgen kein Nachtheil zugegangen sei.

Daß die blose Thatsache der Anborgung der Hauptschuld ohne Vorwissen des Bürgen an sich keine schuldhafte Handlungsweise des Gläubigers enthält, welche den Bürgen von der Verbindlichkeit zur Bezahlung der den Gegenstand der Bürgschaft bildenden Hauptsumme befreien

---

[31] Sarwey, Monatschr., Bd. XVII, S. 68, Bd. XIX, S. 300, 301; Seuffert, Archiv, Bd. VII, Nr. 311; Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. V, S. 102, 103.

[32] Vergl. die in Sarwey, Monatschr., Bd. XIX, S. 281, angeführte Literatur.

könnte, bedarf nach der Bestimmung des Landrechts Thl. II, Tit. 5, §. 9 keiner weiteren Ausführung. Auf der andern Seite wird man jedoch davon auszugehen haben, daß durch diese Gesetzesbestimmung die Entbindung des Bürgen von seiner Verpflichtung wegen Anborgung der Hauptschuld über den ursprünglichen Verfalltermin hinaus ohne Wissen des Bürgen nicht überhaupt, d. h. ohne Rücksicht auf eine dem Gläubiger hiebei zur Last fallende besondere Verschuldung ausgeschlossen werden wollte. Denn die angeführte Vorschrift des Landrechtes hatte, wie sich aus der Haug-schen Relation ergibt,[33] den Zweck, die unter den Rechtslehrern bestrittene Frage,[34] ob der Gläubiger, welcher die an einem bestimmten Tage zu bezahlende Hauptschuld ohne Wissen des Bürgen länger anborge, dadurch allein schon seines Anspruchs an den Letzteren verlustig gehe, zu entscheiden. Im Uebrigen wollte aber offenbar an den allgemeinen Grundsätzen Nichts geändert werden.

Es hat daher der Bürge dem oben Bemerkten zufolge zur Begründung seiner Einrede solche Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche die Anborgung der Hauptschuld über den festgesetzten Zahlungstermin hinaus als eine Nchlässigkeit des Gläubigers erscheinen lassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Dezbr. 1871 in der Appellationssache Baier c. Pfundt.

15. Schuldanerkennungsvertrag.

Der minderjährige Gottlob St. hatte als Kommis im Geschäfte des Georg Sch. verschiedene Veruntreuungen begangen. Zur Abwendung eines strafrechtlichen Verfahrens stellten die Eltern des Gottlob St., Christian St. und dessen Ehefrau, eine Schuld- und Bürgschaftsurkunde

---

[33] Landrechtsakten S. 308.

[34] Vergl. Vangerow, Pand., Bd. III, §. 578, Anm. 3 a. E.; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, §. 129, Note 60; Girtanner, Bürgschaft, S. 486 ff.

über die auf 614 fl. 27 kr. festgesetzte Summe aus, worin sie diese Summe dem Sch. schuldig geworden zu sein bekannten und ratenweise Bezahlung derselben nebst Zinsen versprachen. Außerdem erklärte Christian St. in mehrfachen nachgefolgten Schreiben, daß er den Sch. in Bälde um seine Forderung befriedigen werde, und zwar geschah dieß, obwohl Christian St. anerkanntermaßen wußte, daß sein Sohn schon zuvor gegen die Größe der Ersatzforderung Einwendung erhoben und geltend gemacht hatte, daß er den Betrag nur in der Angst vor einer ihm drohenden Verhaftung anerkannt habe. Auf die von Sch. gegen Christian St. erhobene Klage auf Bezahlung der anerkannten Summe kam St. auf diese Einwendungen zurück, wurde aber damit nicht mehr zugelassen, indem in den Entscheidungsgründen des Obertribunals dießfalls ausgeführt wurde:

Mit den an den Kläger gerichteten und von diesem acceptirten Erklärungen hat der Bekl., obgleich er nach dem Widerspruch seines Sohnes Grund gehabt haben müßte, nachträglich seine Einwendungen gegen die Größe der klägerischen Forderung zu erheben und solche theilweise zu bestreiten, ohne Rücksicht hierauf ein selbständiges Zahlungsversprechen abgelegt, welches seinen Willen bekundet, abgesehen von der Frage, ob die Schuldsumme von 617 fl. 24 kr. ganz oder nur theilweise zu Recht bestand, sich zu Leistung dieser Summe an den Kläger zu verpflichten, und hat der Bekl. dadurch eine civilrechtliche Verbindlichkeit konstituirt.[35] Er ist daher nicht in der rechtlichen Lage, die Einwendungen seines Sohnes gegen die objektive Richtigkeit des Schuldbetrages jetzt noch für sich geltend zu machen und gegen die klägerische Forderung aufzutreten und Beweis

---

[35] **Wetzell, Civilprozeß, S. 171; Bähr, über die Anerkennung, S. 165, 167; Seuffert, Archiv, Bd. XXII, Nr. 200 Bd. XXIV, Nr. 230, Bd. XVI, Nr. 218, Bd. XV, Nr. 114, Bd. XXI, Nr. 30, 31; vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. XII, S. 391.**

hiefür zu führen. Denn seine vorerwähnten Erklärungen sind nicht ein bloßes Beweismittel für das Bestehen der Schuld, sondern eine weitere Verpflichtung, welche nur auf den Grund des Irrthums, wenn ein solcher stattgehabt hätte, d. h. weil Beklagter irrthümlich indebite zu viel versprochen habe, anfechtbar wäre, aus diesem Grunde aber darum nicht angefochten werden kann, weil der Beklagte mit dem Bewußtsein jener Einwendungen sie eingegangen hat. [36]

Entscheidung des Obertribunals vom 6 Oktober 1871 in der Berufungssache Strähle c. Schwarz.

16) Schadenersatzklage auf Grund der Auskunftsertheilung eines Schultheißen im Wirthshause.

Am 12. Januar 1865 wurden in dem Wirthshause zu F. mehrere Liegenschaftskäufe abgeschlossen, welche auf Ersuchen der Kontrahenten von dem zufällig gleichfalls im Wirthshause befindlichen Schultheißen und Pfandhilfs-

---

[36] Wetzell, a. a. O., S. 172, Note 5; Seuffert, Archiv, Bd. XXII, Nr. 200, Bd. XXI, Nr. 30; Bd. XXIII, Nr. 118, Bd. XVIII, Nr. 137. — Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse: „Der Schuldner kann den Anerkennungsvertrag anfechten, wenn er denselben in der irrigen Voraussetzung eines bestehenden wirksamen Schuldverhältnisses überhaupt, oder des in dem Vertrage bezeichneten insbesondere, geschlossen hat, oder wenn sonst die Voraussetzungen für die Rückforderung einer Leistung wegen ungehöriger Bereicherung vorhanden sind." — Wenn in den Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt ist, daß der Anerkennungsvertrag nur auf den Grund des Irrthums angefochten werden könne, so hat hier der richtige Gedanke einen nicht ganz entsprechenden Ausdruck gefunden, da der Irrthum hier so wenig, als bei der condictio indebiti überhaupt den Grund der Anfechtung bildet und derselbe nur insofern in Betracht kommt, als das wissentliche Anerkenntniß einer Richtschuld die Anfechtung des Anerkenntnisses ausschließt. Vergl. meine Ausführung in Sarwey's Monatschrift, Bd. XX, S. 238 ff., Note 37.

beamten L. daselbst niedergeschrieben wurden. Einer dieser Verträge wurde von Andreas Sch. als Bürge und Selbstschuldner für den Käufer H. S. von K. unterzeichnet und mußte derselbe wegen Zahlungsunfähigkeit des Käufers für diesen eintreten, was zur Folge hatte, daß auch über ihn der Konkurs ausbrach. Andreas Sch. nahm nun den Schultheißen L. auf Ersatz des ihm durch seine Bürgschaft zugegangenen Schadens in Anspruch, indem er diesen Anspruch darauf stützte, daß er den Beklagten, als dieser den Kauf niedergeschrieben, um Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Käufers G. S. unter dem Anfügen ersucht habe, daß er nur 600 fl. Vermögen habe und unglücklich würde, falls ihm aus der Bürgschaft Gefahr drohen sollte, und daß der Beklagte hierauf erwidert habe, auf dem Anwesen des G. S. haften blos 300 fl. Pfandschulden und aus der Bürgschaft drohe für den Bürgen keine Gefahr, daß sich beides aber als unrichtig erwiesen und der Beklagte sich daher bei der Auskunftsertheilung einer Verletzung seiner Amtspflichten als Schultheiß oder Pfandhilfsbeamter schuldig gemacht habe, welche ihn zum Schadenersatz verpflichte. Die Klage wurde abgewiesen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls gesagt:

Der behauptete Vorgang fand im Wirthshause statt, während der Beklagte auf Ansuchen der Kontrahenten in dem Niederschreiben ihrer Kaufverträge begriffen war. Es ist nun eine unrichtige Voraussetzung, wenn angenommen wird, daß einen Mann, welcher ein öffentliches Amt bekleidet, dieses Amt immer und überall hin begleite, daß insbesondere, wenn, wie im gegebenen Falle, der betreffende Mann sich zu seiner Erholung in Gesellschaft in einem öffentlichen Wirthshause begibt, ihn auch dorthin die Bürden und Würden seines Amtes begleiten müssen. Wenn der Beklagte dem Kläger in jenem Wirthshauslokal auf seine Anfrage Rede stand und Auskunft, so gut er sie geben zu können glaubte, ertheilte, so geschah dieß lediglich aus Gefälligkeit, nicht aber in Folge einer amtlichen Ver-

pflichtung oder der Ausübung einer Amtshandlung und unterscheidet sich jene Auskunftsertheilung in Nichts von der Auskunftsertheilung jedes anderen Privatmannes, welche etwa der Kläger von demselben, in Voraussetzung besonderer näherer Bekanntschaft mit den Verhältnissen, erbeten hätte. Bloße etwaige Rathsertheilungen eines Privatmannes aber verpflichten nicht zum Schadenersatz, wenn sie nicht etwa aus Arglist, welche hier nicht behauptet wurde, hervorgegangen sind. Auch der Umstand, daß der Beklagte in Niederschreibung der drei Kaufverträge den Kontrahenten auf Ansuchen seine Feder lieh, kann an der Sache Nichts ändern, indem dessen Eigenschaft als Schultheiß und Pfandhilfsbeamter hiebei außer Spiel blieb und seine Mühewaltung als auf gleicher Linie mit derjenigen jedes andern Schreibverständigen stehend zu betrachten ist, welchen die Kontrahenten um die schriftliche Abfassung ihrer Verträge hätten angehen mögen. Sollte also auch der Kläger, indem er den Beklagten um Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Käufers G. S. im Wirthshause anging, geglaubt haben, von dem Beklagten eine ihn sicher stellende Auskunft zu erhalten, so hat er doch nach Ort, Zeit und der gewählten Art, diesen Aufschluß zu verlangen, einen verfehlten Weg eingeschlagen und hat es nur diesem Umstande zuzuschreiben, wenn die erhaltene Auskunft eine ungenügende war. Er hätte sich selbst sagen sollen, daß der Schultheiß, in Ermangelung der öffentlichen Bücher, sich bei der von ihm geäußerten Ansicht leicht täuschen könne. Hienach können die angeblichen Aeußerungen, welche der Beklagte am 12. Januar 1865 im Wirthshause zu F. über die Vermögensumstände und die Zahlungsfähigkeit des Käufers G. S. von da gethan haben soll, nicht als in amtlicher Eigenschaft und unter amtlicher Verantwortlichkeit geschehen angesehen werden und fällt damit der Grund der erhobenen Schadenersatzklage zusammen.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. November 1871 in der Berufungssache Schellhorn c. Lennenburger.

17) Schadenersatz wegen Tödtung eines Menschen.[37]

Zufolge des Art. 13 des Gesetzes vom 5. September 1839 hat Derjenige, welcher den Tod eines Anderen verschuldet hat, „solchen Personen, welche der Getödtete zu ernähren verbunden war, wenn und soweit sie durch diese Tödtung ihren Lebensunterhalt verlieren, Vergütung zu leisten." Die vom Gesetze gewährte Klage ist also nicht, wie man vielleicht aus allgemeinen Grundsätzen könnte ableiten wollen, eine reine Schadensersatzklage, sondern lediglich ein Anspruch auf Ersatz der Alimente, welche der Kläger von dem Getödteten zu fordern berechtigt war. Aber auch diese Vergütung kann der Beschädigte nur fordern, wenn und soweit er durch die Tödtung seinen Lebensunterhalt verloren hat, also z. B. dann nicht, wenn er noch andere Mittel hat, welche ihm seinen Lebensunterhalt, wie er ihn vom Getödteten zu fordern berechtigt war, sichern.[38] Der Vater, welcher wegen Tödtung seines Sohnes Vergütung fordert, hat daher zum Nachweis seiner Berechtigung auf Alimentirung durch seinen getödteten Sohn gemäß der Bestimmung des Landrechtes, Thl. IV, Tit. 14, §. 1, zunächst zu begründen,

daß er durch eigenes Vermögen oder eigene Erwerbsthätigkeit sein nothdürftiges Auskommen nicht habe, und

daß sein Sohn zu seiner, des Klägers, und seiner Ehefrau Unterstützung, neben dem eigenen Unterhalt die nöthigen Mittel oder hinreichenden Verdienst gehabt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 6. Okt. 1871 in der Berufungssache König c. Schmohl.

---

[37] Dieses Archiv, Bd. VI, S. 226.

[38] Wächter, Erläuterungen zu dem Gesetze, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, S. 54, Note 113; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1839, Beil.-Heft II, S. 405 f.; Prot.-Bd. II, Sitzung 23, S. 41 f., 46.

18) Verpflichtung des Kirchenbaupflichtigen zum Neubau.

In einem Falle, in welchem die Verpflichtung zur Erhaltung eines Kirchengebäudes, sowie weiter unbestritten ist oder feststeht, daß das Kirchengebäude inzwischen von dem Baupflichtigen in baulichem Stande erhalten worden, wie es in den einzelnen Fällen das jedesmalige Bedürfniß mit sich gebracht hat, bringt es schon in Anbetracht des Umstandes, daß sich zwischen umfassenden Wiederherstellungen von Gebäuden ohne die Nothwendigkeit eines Neubaus und letzterem eine rechtliche Unterscheidung nicht mehr machen läßt und jene von selbst in die Nothwendigkeit eines Neubaus übergehen können, die Natur der Sache mit sich, daß die unbeschränkte Verbindlichkeit zur Erhaltung eines Gebäudes im Bedürfnißfalle auch die Verpflichtung zum Neubau in sich begreift, indem sich, wenn eine solche Verbindlichkeit allgemein anerkannt ist und nicht Thatsachen vorliegen, welche für eine Einschränkung der Verpflichtung auf bloße Reparaturen sprechen, zwischen einem nicht mehr zu reparirenden Kirchengebäude und einem solchen, welches die umfassendsten Reparaturen und Wiederherstellungen erfordert, nicht unterscheiden läßt. [39]

Entscheidung des Obertribunals vom 27. April 1872 in der Berufungssache Blaubeuren c. Markbronn.

19) Konventionalstrafe zur Bestärkung eines ungiltigen Eheversprechens.

Rosalie Beck hatte dem Bonifacius Rist die Ehe versprochen und zu Bekräftigung ihres Vorhabens, den Letzteren zu heirathen, diesem die urkundliche Zusicherung ertheilt, daß sie ihm, wenn sie einen Anderen heirathen sollte, die Summe von 1000 fl. als Konventionalstrafe bezahlen werde. Der Vater der Rosalie Beck hatte jedoch

---

[39] Württ. Archiv, Bd. II, S. 96, 97.

dem Eheversprechen seiner Tochter die Zustimmung nicht ertheilt und es heirathete diese einen Anderen. Nun verlangte Rist die Konventionalstrafe von 1000 fl. Er wurde jedoch mit diesem Anspruche von den Gerichten abgewiesen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Aus dem Vorbringen des Klägers geht hervor, daß die Konventionalstrafe von 1000 fl. zur Bestärkung des Eheversprechens vereinbart worden ist. Die Verabredung der Konventionalstrafe ist somit als Nebenvertrag zu dem Eheversprechen der Beklagten anzusehen. Der Kläger hat sodann zugegeben, daß eine Zustimmung des Vaters der Beklagten zu dem Eheversprechen derselben nicht erfolgt ist. Das Eheversprechen der Beklagten war sonach schon wegen der mangelnden Zustimmung ihres Vaters nichtig. [40] Man kann nun dahingestellt lassen, ob immer dann, wenn das Hauptgeschäft ungiltig ist, auch der Nebenvertrag, durch welchen eine Konventionalstrafe bedungen worden ist, hinfällig ist, denn in vorliegendem Falle muß dieß letztere jedenfalls angenommen werden. Die Bestimmung der Gesetze, wonach heimliche Eheversprechen ungiltig sind, beruhen theils auf legislativen Rücksichten, Rücksichten auf die Familie der Verlobten und deren künftige Wohlfahrt, somit auf Gründen des öffentlichen Rechtes, theils darauf, daß die Gesetze in solchen Eheversprechen eine Verletzung der den Eltern schuldigen Ehrerbietung erblicken, vermöge deren die Eltern berechtigt sind, zu verlangen, daß die Kinder bei einem so wichtigen Verhältniß, ehe sie eine Verbindung eingehen, den Rath ihrer Eltern hören und daß sie solche ohne die vorgängige Einwilligung der Eltern eingegangene Eheversprechen als nicht aus der gehörigen reiflichen Erwägung hervorgegangene betrachten.

---

[40] Richter, Kirchenrecht, S. 563 bei Note 6; Eichhorn, Kirchenrecht, S. 434; Glück, Komment., Bd. XXIII, S. 45; Holzschuher, Theorie und Kasuistik, 3. Aufl., Bd. I, S. 572, Ziff. 14;

Mit der Absicht und den Zwecken der Gesetze nicht zu vereinbaren wäre es hienach, wenn trotz der Unverbindlichkeit des Eheversprechens selbst die Konventionalstrafe, welche zur Bestärkung desselben dienen soll, somit einen Zwang zur Festhaltung desselben enthält, als giltig und rechtsverbindlich zu betrachten wäre, vielmehr muß in solchen Fällen auch der Konventionalstrafe die Wirksamkeit abgesprochen werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Nov. 1811 in der Berufungssache Rist c. Beck.

20) Einsegnung einer gemischten Ehe durch den unzuständigen Geistlichen unter der Herrschaft des Religionsediktes.

Heinrich H. von Schlierbach, evangelischer Konfession, verheirathete sich im September 1849 mit der, der katholischen Konfession angehörigen Viktoria G. in Dizenbach und es wurde die Ehe durch den kathol. Geistlichen zu Dizenbach eingesegnet. Diese Ehe wurde als nichtig angefochten, weil nach dem Religionsedikte vom 15. Okt. 1806, Ziff. VII,[41] unter dessen Herrschaft die Ehe der G.'schen Eheleute geschlossen worden, deren Einsegnung durch den evangelischen Pfarrer des Bräutigams hätte erfolgen sollen. Von der Civilkammer des Obertribunals wurde diese Einwendung gegen die Giltigkeit der Ehe verworfen aus folgenden Gründen:

Das Religionsedikt bestimmte zwar, daß die zur Giltigkeit der Ehe erforderliche Einsegnung durch den Geistlichen des Bräutigams erfolgen solle. Hiegegen kommt jedoch in Betracht, daß nach protestantischem Kirchenrecht

---

Lang, Handb. des württ. Privatrechtes, §. 42, S. 222, Ziff. 6 u. Note d, S. 223, vergl. mit §. 41, S. 215, Ziff. 2; württ. Ehegerichtsordnung, Thl. II, Kap. VI, S. 1—5 u. Thl. I, Kap. II, §. 1—3.

[41] Regierungsblatt von 1807, S. 610; württ. Archiv, Bd. II, S. 331.

auch die von einem unzuständigen Geistlichen getraute Ehe als giltig betrachtet wird.[42] Schon hiernach läßt sich nicht voraussetzen, daß an die Nichtbeachtung der fraglichen Vorschrift des Religionsediktes die Folge der Nichtigkeit der Ehe habe geknüpft werden wollen, vielmehr ist anzunehmen, daß die Absicht des Gesetzgebers nur dahin gegangen sei, unter Gleichstellung der christlichen Konfessionen das Prinzip auszusprechen, daß bei jeder Ehe die priesterliche Einsegnung wesentlich erfordert werde, mit der weiteren Vorschrift aber, daß die Einsegnung durch den Pfarrer des Bräutigams zu geschehen habe, nur eine reglementäre, den Rechtsbestand der Ehe nicht berührende Norm zu geben. Im Einklang hiemit wurden schon in der nächsten Zeit nach Erlassung des Religionsediktes Dispensationen von der gedachten Vorschrift für zulässig erklärt und ist von den ehegerichtlichen Behörden wiederholt ausgesprochen worden, daß Verfehlungen gegen dieselbe auf die Giltigkeit der Ehe keinen Einfluß haben.[43]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1871 in der Berufungssache Gaiser c. Heldbeck.

21) Wirkt die Anerkennung eines vor der Verehelichung seiner Mutter gezeugten Kindes durch den nachherigen Ehemann der Mutter auch zu Gunsten des Letzteren?

Wilhelm Faßnacht von R. hatte sich am 9. Januar 1867 mit Pauline Wißner von G. verheirathet und am 30. April 1867, somit schon am 111. Tage nach Ein-

[42] Richter, Kirchenrecht, §. 265; Seuffert, Archiv, Bd. XIII, Nro. 258; Bd. XV, Nro. 133.

[43] Dekret des K. Ministeriums der geistl. Angelegenheiten vom 11. Juli 1812 (Reyscher, evangel. Kirchengesetze, Thl. II, S. 288); Süskind und Werner, Ehegesetze, Bd. II, S. 10; Bd. IV, S. 51, 52, 59, 60, 61; Hauber, Recht und Brauch, Bd. II, §. 151, 152, 157 Anm.; S. 170 Anm.; S. 288; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 550; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. I, §. 135; Wächter, württ. Privatrecht, Bd. I, S. 834, 835.

gehung der Ehe, hatte die Ehefrau ein Kind geboren, welches auf den Namen des Ehemanns als eheliches Kind in das Geburts- und Taufregister eingetragen worden war. Nach dem am 8. März 1869 erfolgten Tode der Ehefrau war das Kind von den mütterlichen Großeltern in Erziehung und Pflege genommen worden und es hatte der Wittwer wieder geheirathet. Als aber diese zweite Ehe in Folge von Ehedissidien wieder getrennt worden, verlangte Faßnacht die Herausgabe des von seiner ersten Ehefrau geborenen Kindes auf Grund seiner Vaterschaft zu demselben von dessen Großeltern und erhob, als die Herausgabe verweigert worden, gerichtliche Klage gegen dieselben. Die Klage wurde wegen mangelnden Beweises der Vaterschaft des Klägers zu dem Kinde abgewiesen und ist aus den Entscheidungsgründen Folgendes auszuheben:

Das Kind ist vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geboren, also vor der Ehe erzeugt. Eine Präsumtion, daß die Zeugung durch den Kläger erfolgt sei, besteht daher nicht. Die der Zeugung des Kindes nachgefolgte Ehe des Klägers mit der Mutter des Kindes ändert hieran Nichts, sofern das Kind durch diese Ehe die Rechte eines ehelichen nur erlangen konnte, wenn dasselbe von dem Kläger erzeugt worden ist. Denn auch die Voraussetzung für die Legitimation eines Kindes durch die nachfolgende Verehelichung seiner Mutter ist die Thatsache der Erzeugung des Kindes durch den nachherigen Ehemann. [44] Nun hat allerdings der Kläger das von seiner Ehefrau am 30. April 1867 geborene Kind auf seinen Namen taufen und in das Geburtsregister als sein eheliches Kind eintragen lassen, und es liegt in dieser Handlung die stillschweigende Erklärung des Klägers, das Kind als sein Kind anerkennen zu wollen. Allein diese Anerkennung hat, wie das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat, nur die Bedeutung eines Beweismittels. [45] Aller-

[44] Dieses Archiv, Bd. XI, S. 93, 94; Bd. XIV, S. 163.

[45] Dieses Archiv, Bd. XI, S. 94 ff., S. 102; Bd. XIV, S. 164.

dings des vorzüglichsten Beweismittels, wenn es sich um die Legitimationsfrage im Interesse und zu Gunsten des Kindes handelt, denn in diesem Falle ist das Kind, wenn es von dem Ehemanne anerkannt wird, auf den Grund dieses Zugeständnisses bis zum Beweise des Gegentheils als legitimirt zu erachten. Allein wenn das Anerkenntniß auch zu Gunsten des Kindes gegen den Ehemann und gegen Dritte entscheidend ist, und die Beweislast umkehrt, so gilt nicht dasselbe, wenn der Ehemann zu seinen Gunsten die Vaterschaft zu dem Kinde behauptet. Hier kann der Erklärung des Ehemannes über die Vaterschaft, welche in diesem Falle als eine blose Behauptung des Beweispflichtigen erscheint, eine entscheidende Bedeutung für die Beweisfrage nicht zukommen, und es kann dieselbe nur je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Anzeige für die Vaterschaft bilden. Auch als Anzeige für die Vaterschaft des Klägers erscheint aber das Anerkenntniß desselben nicht von Bedeutung, da der Kläger verschiedene Gründe haben konnte, das Kind seiner Ehefrau, die er in schwangerem Zustande geheirathet, vor der Welt als sein Kind anzuerkennen, und zudem derselbe durch einen vorehelichen geschlechtlichen Umgang mit seiner Ehefrau in die Meinung der Vaterschaft versetzt sein konnte, ohne daß die Meinung gegründet war. In der That würde auch die Vaterschaft des Klägers, selbst wenn ein vorehelicher geschlechtlicher Umgang in der kritischen Zeit stattgefunden hätte, was dahingestellt bleiben kann, keineswegs außer Zweifel gestellt sein, vielmehr sprechen sehr erhebliche Anzeigen dagegen und für die Vaterschaft eines Andern.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Juli 1871 in der Berufungssache Faßnacht c. Wißner.

22) Erziehungsrecht der Eltern bei faktisch getrennter Ehe.

Der bezüglich der Kinder von Eheleuten, welche faktisch von einander getrennt leben, geltende Rechtssatz, daß dar=

über, bei welchem der Ehegatten die Kinder zur Erziehung belassen werden sollen, für die Regel und unter sonst gleichen Verhältnissen ausschließlich der Wille des Vaters entscheide und dessen Uebergehung nur dann gerechtfertigt sei, wenn das Wohl der Kinder es wirklich erheische, muß zwar eben mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder, sofern dieselbe in den ersten Lebensjahren vorzugsweise der mütterlichen Wart und Pflege bedürfen, dahin eingeschränkt werden, daß der Regel nach bis zum beginnenden siebenten Lebensjahre die Kinder, wenn die Mutter gut prädizirt und zur Erziehung befähigt ist, auch ohne besondere sonstige dafür sprechende Gründe dieser zur Erziehung überlassen werden; allein wo der Umstand, daß das Kind bis zu dem gedachten Alter vorzugsweise der mütterlichen Wart und Pflege bedarf, nicht den Ausschlag zu geben geeignet ist, verbleibt es wiederum bei der Regel, daß der Vater seinen Willen, das Kind bei sich zu behalten, zur Geltung zu bringen berechtigt ist.[46]

Auf Grund dessen wurde in einem Falle, in welchem das 3½ Jahre alte Mädchen bisher von der mit dessen Vater in derselben häuslichen Gemeinschaft lebenden Mutter des Letzteren anerkannt unmangelhaft verpflegt worden und dieß insbesondere auch während einer schweren Erkrankung des Kindes der Fall gewesen war, auch die Mutter des Kindes nicht bestritten hatte, daß ihre auch zur ferneren Verpflegung des Kindes bereite Schwiegermutter das Kind auch künftig in gleich guter und entsprechender Weise verpflegen werde, dem Vater zugesprochen.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. März 1872 in der Berufungssache Gühring c. Gühring.

23) Der Arrogationsvertrag ist kein Erbvertrag.

Die Grundsätze des römischen Rechtes über Adoption sind wie im gemeinen, so auch im württ. Rechte und nach

---

[46] **Dieses Archiv, Bd. IV, S. 429 ff.**

Art. 48 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 für die Annahme an Kindesstatt noch vollkommen in Geltung.[47] Die Adoption bezw. Arrogation ist daher nicht vom Gesichtspunkt eines Erbvertrages aufzufassen, sondern als ein unter gerichtlicher Autorität erfolgender Rechtsakt über die Aufnahme des zu Arrogirenden zum Kinde und Familiengliede des Arrogirenden, dessen Schwerpunkt in der Begründung eines Familienverhältnisses liegt.[48] Sie bewirkt die Entstehung des vollen gegenseitigen Rechtsverhältnisses zwischen Hausvater und Kind mit allen seinen Rechten und Pflichten und begründet die väterliche und bezw. elterliche Gewalt, den Nießbrauch des Vaters am Vermögen des Kindes und ein gegenseitiges gesetzliches Intestat- und Notherbrecht, wie es bei leiblichen Kindern besteht und mit dem gleichen Rechte letztwilliger Verfügung der Adoptiveltern, wie solches den leiblichen Eltern gegen ihre Kinder zukommt.[49] Dieses Rechtsverhältniß und seine Wirkungen zur Darstellung zu bringen, ist die Aufgabe der Adoptionsurkunde.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1871 in der Berufungssache Zimmermann c. Weishaupt u. Gen.

24) Die Zuziehung von Zeugen bei Erbverzichten der Eheleute.

Erbverträge können nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 8, §. 3, unter Eheleuten nur alsdann abgeschlossen werden, wenn zu deren Eingehung auf

---

[47] Sintenis, Civilrecht, Bd. II, §. 139; Gerber, deutsches Privatrecht, 8 Aufl., §. 250, 242; Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. I, §. 254, Bd. II, §. 887; Griesinger, Kommentar, Bd. X, S. 1100; Kübel, Erbrecht, §. 18, 24; Lang, Familienrecht, §. 38.

[48] Lang, a. a. O.

[49] Lang, a. a. O., S. 180, 182, 184, 185, Note 32; Weishaar, a. a. O., §. 678, 887, §. 254; Kübel, Erbrecht, §. 18, 24, 73; Sintenis, a. a. O., Bd. III, S. 108, 116.

jeder Seite drei Zeugen zugezogen werden. Für die Annahme, daß vertragsmäßige Erbverzichte von dieser Vorschrift ausgenommen seien, liegen zureichende Gründe nicht vor, wie das Obertribunal schon in seinem Plenarbeschlusse vom 6. April 1861 ausgesprochen hat.[50] Die Ansicht, daß die Beobachtung der erwähnten Form jedenfalls dann nicht nöthig sei, wenn Eheleute ihre gesammten vermögensrechtlichen Verhältnisse im Vertragswege ordnen und der hiebei erklärte Erbverzicht nur eine einzelne Bestimmung des Vertrages und eine Gegenleistung für andere Konzessionen bilde, ist nicht richtig. Wenn in einem Vertrage Vereinbarungen über verschiedenartige Rechtsverhältnisse getroffen werden und nur zur Giltigkeit der Verabredung über das eine oder andere dieser Verhältnisse die Beobachtung einer besonderen Form erforderlich ist, so kann allerdings aus der in Folge der Nichteinhaltung der Form sich ergebenden Nichtigkeit des betreffenden einzelnen Theiles des Geschäftes (hier also aus der Ungiltigkeit des Erbverzichtes) nicht ohne Weiteres auch die Ungiltigkeit aller übrigen Vertragsbestimmungen abgeleitet werden. Aber es ist nicht die umgekehrte Schlußfolgerung statthaft, daß, weil ein Theil der Vertragsbestimmungen einer besonderen Form nicht bedurft habe, deßhalb auch die übrigen Verabredungen gelten müssen, welche gesetzlich nur unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten giltig getroffen werden konnten.[51]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1871 in der Berufungssache Gaiser c. Heldbeck.

25) Das statutarische Erbrecht der Ehegatten.

Die Behauptung, daß das statutarische Erbrecht der Ehegatten nur Platz greife, wenn dieselben auf das Güter-

---

[50] Württ. Archiv, Bd. VI, S. 233 ff.; vergl. Tafel, Civilrechtsspr., Bd. V, S. 87 ff.

[51] Vergl. Notariatsgesetz von 1843, Art. 26, Abs. 2; Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 768.

verhältniß der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft geheirathet und solches bis zum Tode des einen Gatten beibehalten haben, ermangelt der gesetzlichen Begründung. Die statutarische Portion ist nichts Anderes, als der durch das Landrecht festgesetzte Erbtheil der überlebenden Ehegatten und nirgends spricht das Landrecht aus, daß dem Ueberlebenden dieser Erbtheil nur in dem Falle des Bestehens der Errungenschaftsgesellschaft zustehe. Aus der Entsagung auf letztere folgt daher nicht von selbst auch die Entsagung auf das landrechtliche Erbrecht, die statutarische Portion.[52]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1871 in der Berufungssache Gaiser c. Heldbeck.

26) Einsetzung des Notherben auf voreempfangenes Heirathgut.

Nach dem Wortlaute der Nov. 115, cap. 5 und des Landrechtes, Thl. III, Tit. 14, §. 1, genügt es, wenn der Notherbe auf irgend einen Theil der Verlassenschaft, wenn auch nur auf eine bestimmte Sache als Erbe eingesetzt worden ist, und zwar genügt auch die Einsetzung auf das voreempfangene Heirathgut und die Aussteuer. Denn da die Heirathgüter und Aussteuern nach der ausdrücklichen Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 23, §. 1, zu konferiren sind, so ist es so anzusehen, wie wenn ihr Betrag noch zur Zeit des Todes in der Erbschaft vorhanden wäre.[53] Dagegen ist es rechtlich begründet, daß, wenn die Eltern bezüglich des Heirathgutes und der Aussteuer eine Ausgleichung zwischen ihren Kindern vornehmen, diese

---

[52] Vergl. Bolley, 33 Aufsätze, S. 277; derselbe, Amtsinstruktion, S. 54, 39; Gmelin, Ordnung der Gläubiger, S. 780, §. 33; Griesinger, Kommentar, Bd. VIII, S. 493 ff.; Stein, Erbrecht, 1. u. 2. Ausg., §. 144, 3. Ausg., §. 221, Note 1; Sarwey, Monatschrift, Bd. III, S. 440; Entwurf eines Gesetzes über eheliche Gütergemeinschaft, §. 161, Motive, S. 164.

[53] Dieses Archiv, Bd. VIII, S. 127; Bd. XIII, S. 428 ff.

die ihnen gegebenen Heirathgüter und Aussteuern nicht zu konferiren haben, und können alsdann dieselben nicht als Theile der Erbschaft betrachtet werden. Es würde daher, wenn in einem solchen Falle der Notherbe blos auf sein Heirathgut und seine Aussteuer als Erbe eingesetzt würde, derselbe als in dem Testamente präterirt erscheinen, indem eine Erbseinsetzung auf ein nicht zur Erbschaft gehöriges Vermögen keine Erbseinsetzung im rechtlichen Sinne ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Mai 1871 in der Berufungssache v. Weinbach c. v. Speth.

27) Testamentarische Anordnung der pflegschaftlichen Verwaltung des Pflichttheils eines in Amerika befindlichen minderjährigen Noth-Erben in Württemberg.

Die am 19. Februar 1868 gestorbene Ehefrau des Müllers K. zu Zell, Gemeinde Reichenberg, OA. Backnang, setzte in ihrem Testamente vom 4. September 1863 neben ihrem Ehemann und ihren Kindern auch das Kind eines verstorbenen Sohnes, Friedrich Höfer in Warren im Staate Ohio in Nordamerika unter Beschränkung auf den Pflichttheil zu Erben ein. Dabei bestimmte sie in Punkt 6 des Testamentes weiter: „Meine Absicht ist, meinem Enkel seinen Pflichttheil zu sichern. Ich verfüge daher, daß seine Portion in pflegschaftliche Verwaltung zu stellen und ihm bei seiner Verheirathung oder Volljährigkeit zu verabfolgen ist. Von einer Ausfolge, so lange er minderjährig ist, kann keine Rede sein, da ich nicht weiß, ob und wie die Sicherheit der Erbtheile in Amerika erfolgt. Diese Bestimmung kann daher auch nicht als belastend angesehen werden, da ich dieß keineswegs bezwecken will." Nachdem die Erbschaft von sämmtlichen Erben angetreten war, verlangten die übrigen Erben, daß in Vollziehung des Testamentes der Pflichttheil nicht an den für den Enkel Friedrich Höfer in Amerika bestellten Pfleger B. zu Warren ausgefolgt, sondern von der württembergischen Behörde verwaltet

und ein Vermögensverwalter bestellt werde, während der amerikanische Pfleger die Herausgabe der Erbschaft an die Vormundschaft in Amerika verlangte. Der Gemeinderath zu Reichenberg beschloß am 23. Sept. 1869, seine Zuständigkeit zur Beaufsichtigung der Vermögensverwaltung anzunehmen, und bestellte sofort den Gemeinderath L. zum Vermögensverwalter und von dem K. Justizministerium wurde die erforderliche Genehmigung hiezu ertheilt. Nun erhob der amerikanische Pfleger B. zu Warren gerichtliche Klage auf Anerkennung des Anspruchs des Klägers auf alsbaldige Ausfolge des Pflichttheils gegen die miterbenden Kinder, weil diese sich auf Grund des Punkt 6 des Testamentes ein Recht des Widerspruchs gegen die Herausgabe des Pflichttheils zuschreiben und diese mittelst der öffentlichen Verwaltung verhindern, dieser Punkt 6 aber eine unstatthafte Belastung des Pflichttheils enthalte. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Die getroffene Anordnung einer in Württemberg zu führenden Pflegschaftsverwaltung beruht nicht auf dem Gesetze, sondern auf dem Privatwillen der Erblasserin und dem Verlangen der Beklagten, daß dieser Privatwille realisirt werde. Die öffentliche Behörde hat sich zu dieser Pflegschaftsverwaltung nur unter der Voraussetzung, daß und so lange dieser Privatwille zu Recht besteht, herbeigelassen. Die auf die Beseitigung dieser Pflegschaft und auf Ausfolge des Pflichttheils gerichtete Klage konnte daher nicht gegen die Behörde oder den Pfleger, sondern nur gegen die Beklagten gerichtet werden, welche die Errichtung der Pflegschaft aus jenem privatrechtlichen Grunde veranlaßt haben und festhalten. Zu diesem ihrem Verlangen sind die Beklagten formell berechtiget, weil Miterben, wenn sie gleich kein pekuniäres Interesse daran haben, befugt sind, Namens des Erblassers, den sie vertreten, darauf zu dringen, daß ein im Testamente auferlegter Modus erfüllt werde, — l. 7 D. de annuis legatis (33, 1); cf. l. 18,

§. 2 D. fam. herc. (10, 2) — [54] und weil eine Ausnahme von dieser Erzwingbarkeit eines Modus nur dann stattfindet, wenn dieser den Vortheil des Verpflichteten allein zum Zwecke hat, nicht aber dann, wenn, wie hier, der bezweckte Vortheil eine Vorsichtsmaßregel ist, an deren Vollziehung zugleich auch der Testirer ein Interesse hatte — l. 71 pr. D. de condit. (35, 1). — Hienach ist die Klage gegen die rechten Beklagten gerichtet. Die Anordnung einer Pflegschaftsverwaltung in Württemberg ist nicht als unstatthafte Belastung des Pflichttheils zu betrachten. Auch wenn die Testirerin die Pflegschaft in Württemberg nicht verordnet hätte, so wäre dieser Pflichttheil doch nicht sofort in die Verfügungsgewalt seines Eigenthümers gekommen, sofern er in Amerika entweder in die Hände der Mutter des Pfleglings gelangt oder dort gleichfalls unter pflegschaftliche Verwaltung gestellt worden wäre. Eine Belastung durch die württ. Pflegschaft wäre also nur dann anzunehmen, wenn nachweisbar wäre, daß für das Interesse des Pfleglings durch die Verwaltung der Mutter oder durch einen amerikanischen Pfleger besser gesorgt sei, als dieß in Württemberg der Fall ist. Für einen solchen Beweis fehlt es aber an jedem Anhaltspunkte. Denn welches Schicksal dieses Vermögen bei der Mutter des Pfleglings hätte, müßte in Ermangelung der Kenntniß der Verhältnisse ohnehin als ganz ungewiß erscheinen. Aber auch die geltend gemachte Kautionsleistung des amerikanischen Pflegers und die behauptete freiere Anlageweise und Gewinnung höherer Zinsen in Amerika sind nicht zutreffend, um gegen das einheimische Vormundschaftswesen angeführt zu werden, weil dieses auch ohne Kaution des Pflegers die Erhaltung des Vermögens**grundstockes** und die richtige **Verwaltung** des Pflegers durch eine **fort**-

---

[54] **Sintenis**, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. I, S. 183 u. Note 25; vergl. Bd. III, S. 420, Note 38; **Keller**, Pand., §. 491, S. 935; **Göschen**, Vorles., 2. Aufl., Bd. III, Abth. 2, S. 114.

gesetzte spezielle Aufsicht und Rechnungsführung zum mindesten gleich sehr, wo nicht in höherem Grade sichert, als dieß in Amerika der Fall sein kann, weil ferner die Anlageweisen in Württemberg von nicht geringerer Güte als dort sind, die Größe der Zinse aber etwas Wandelbares ist und der Rücksicht auf die Sicherung des Grundstockes nachzustehen hat, auch die etwaige Verwendbarkeit des Vermögens für einen denkbaren Gewerbebetrieb des Pfleglings während seiner Minderjährigkeit eine leere Unterstellung ohne realen Boden ist, welche nicht in Betracht fällt, und weil im Uebrigen die Fürsorge des württ. Staates für das Interesse der Minderjährigen auch in allen sonstigen, dieses Interesse betreffenden Beziehungen eine durch lange Zeit sorgfältig ausgebildete ist, wie sie von anderer Seite wohl schwerlich nachgewiesen werden könnte.

Ueberdieß aber war die Erblasserin, abgesehen von der Frage der Belastung, zu der Anordnung dieser Pflegschaft berechtigt.

Nach einer feststehenden Praxis ist auch in Württemberg die Enterbung in guter Absicht anerkannt [55] und die Beschwerung eines Pflichttheils ist vom Landrecht, Thl. IV, Tit. 14, §. 7, nur nach Maßgabe des gemeinen Rechtes verboten, in diesem aber wird angenommen, daß, wie der Notherbe in guter Absicht ganz enterbt werden kann, ebenso auch eine blose Beschwerung seines Pflichttheils aus guter Absicht statthaft ist, sobald nur der Testirer seine wohlmeinende Absicht, hiedurch für das Wohl des Notherben Fürsorge zu treffen, ersichtlich gemacht hat und von ihm ein solcher Grund seines Handelns angegeben ist, welcher nicht auf blosen eingebildeten Besorgnissen und einseitiger Anschauungsweise beruht, sondern die getroffene Maßregel nach billiger Beurtheilung des Richters vom Standpunkte

[55] Kapff, merkw. Civilrechtssprüche, Nro. 51; Bolley, 33 Aufl., S. 17; Reyscher, württ. Privatrecht, §. 670.

des Testirers im Allgemeinen nicht als ungerechtfertigt erscheinen läßt. — cst. 25 C. de inoff. test. (3, 28); l. 16, §. 2, 3 D. de cur. fur. (27, 10); l. 3, §. 3, D. (22, 1); l. 18, D. de lib. et post. (28, 1). — [56] In diesem Sinne ist aber die Verfügung der Erblasserin getroffen, welche in ihrem Testamente erklärt hat, daß sie mit ihrer Anordnung keineswegs eine Belastung des Pflichttheils, vielmehr nur die Sicherung desselben zum Besten des Enkels bezwecke, und welche als den Grund ihrer Handlung die Ungewißheit, ob dieses Vermögen bis zur dereinstigen Volljährigkeit des Enkels in Amerika stets genügend gesichert sein würde, bezeichnete, ein Bedenken, welches bei der in Nordamerika mangelnden Staatsfürsorge im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Ungewißheit, wie die Gesetze über das Vormundschaftswesen dort gehandhabt werden, sowie bei der Beweglichkeit und Veränderlichkeit der dortigen Verhältnisse überhaupt, mag nun diesen mehr oder weniger Werth beizulegen sein, in der That nicht leicht dürfte widerlegt werden können und welches daher vom Richter nicht blos als ein ernstlich gemeintes, sondern auch als ein nicht zu verwerfendes Motiv der Testirerin zu betrachten ist. Hiemit ist auch der den Bekl. obliegende Beweis der wohlmeinenden Absicht der Erblasserin geführt, ohne daß es hier noch weitere Beweismomente bedürfte und ohne daß der Kläger Gegenbeweis erbracht hätte, indem namentlich die Beschränkung des Enkels auf den blosen Pflichttheil nicht gegen die Erblasserin angeführt werden kann, da diese Beschränkung gegenüber dem Stamme des nach Amerika abgefertigten Sohnes aus naheliegenden anderen Gründen als denen eines Gefühles der Abneigung erklärt werden kann.

---

[56] **Glück**, Komm., Bd. VII, S. 259; Bd. XXXVII, S. 393, 455, 463; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. III, S. 609, 610—612; **Windscheid**, Pand., Bd. III, S. 143—144; **Seuffert**, Pand., Bd. III, §. 657; **Arndts**, Pand., §. 603; **Puchta**, Pand., §. 483, 486; vergl. **Bolley**, a. a. O.

Die angeordnete inländische Pflegschaftsverwaltung muß daher als eine in guter Absicht verfügte jedenfalls Geltung haben, selbst, wenn sie für den Kläger beschwerend wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Nov. 1871 in der Berufungssache Höfer c. Schwegler.

28) Mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform; Fungirung des Ortsvorstands als Aktuar.

Ein Testament war nach der vierten landrechtlichen Form vor dem Ortsvorsteher und fünf Zeugen errichtet worden. Dasselbe wurde als nichtig angefochten, weil der Stadtschultheiß F. in W., da in dieser Gemeinde unbestrittenermaßen ein besonderer Rathschreiber angestellt sei, als Aktuar bei der Testamentserrichtung zu fungiren nicht befugt gewesen sei. Diese Anfechtung wurde als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 10, muß die Errichtung eines Testamentes nach der vierten Form vor einem „offenen Notar" oder vor dem geschworenen Schreiber und fünf Zeugen geschehen. Unter solchen geschworenen Schreibern aber sind die Gerichtsschreiber der zur Zeit der Emanation des Landrechtes mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Stadt- und Dorfgerichte in dieser ihrer Eigenschaft zu verstehen. Wie vor diesen Gerichten unter Zuziehung ihrer geschworenen Schreiber, der an einer anderen Stelle des Landrechtstitels ausdrücklich genannten Stadt- und Amtsschreiber oder ihrer Substituten und der Dorfschreiber, gerichtliche Testamente errichtet werden konnten, so sollten vor eben diesen geschworenen Schreibern (daß in §. 3, 6—12 des Titels überall von denselben geschworenen Schreibern die Rede ist, wird auch durch die Landrechtsakten, S. 332 ff. bestätigt) Privattestamente unter Zuziehung von Zeugen er-

richtet werden können. In Folge der neueren Gesetzgebung ist die freiwillige Gerichtsbarkeit und speziell die Mitwirkung zur Testamentserrichtung auf die Gemeinderäthe, beziehungsweise auf die Oberamtsgerichte übergegangen und geschworene Schreiber im Sinne des Landrechtes mit der speziell diesen in Betreff der Testamentserrichtung zugewiesenen Ermächtigung sind jetzt, wie in der K. Verordnung vom 24. Mai 1826, §. 14, in Betreff gerichtlicher Testamente ausdrücklich gesagt ist, die Aktuare dieser Gerichte, nämlich die Rathsschreiber und die nunmehrigen Justizassessoren. Daß ein erheblicher Theil der Geschäfte der vormaligen Stadt- und Amtschreiber nunmehr auf die Ortsvorsteher übergegangen ist, insbesondere den Letzteren die Befugniß der Beglaubigung von Urkunden zusteht, kann eben darum, weil das Landrecht die Berechtigung, als Aktuar bei der Testamentserrichtung zu fungiren, neben den Notaren den geschworenen Schreibern als Gerichtsschreibern (als den zu jener Zeit bisweilen allein schreibkundigen Gerichtsangehörigen) zuwies, zu der Annahme, daß nunmehr diese Berechtigung auch den Ortsvorstehern zukomme, nicht führen. Insbesondere kann, da es sich hier um eine besondere Ermächtigung der Rathsschreiber handelt, ununtersucht bleiben, ob im Allgemeinen in der und jener Gemeinde und speziell in W. die Geschäfte des Ortsvorstehers von denen des neben ihm bestellten Rathsschreibers mehr oder minder streng gesondert zu werden pflegen.

Nach Art. 2 des Notariatsgesetzes ist für diejenigen Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche Theilungs- und Vormundschaftssachen betreffen und ihrer Weitläufigkeit oder anderer Umstände wegen nicht füglich vor versammeltem Gemeinderathe verhandelt werden können, namentlich zur Vornahme von Inventuren und Theilungen, zur Aufsicht über die Pflegschaften, zur Mitwirkung bei der Abhör der Vormundschaftsrechnungen das Waisengericht als Ausschuß des Gemeinderathes bestellt. Zu diesen

Theilungs- und Vormundschaftssachen gehört die Errichtung eines gerichtlichen Testamentes keineswegs; solche muß vielmehr (falls nicht vor einer Deputation im Sinne von Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 7, der Akt vor sich geht) vor dem versammelten Gemeinderathe, dem beschlußfähigen Gesammtkollegium — nach dem zuvor Ausgeführten unter Zuziehung des Gemeinderathsschreibers — geschehen (vergl. K. Verordnung vom 19. Juni 1808, §. 19 und 15), wie denn auch unter der bisherigen Gerichtsverfassung die Testamentserrichtung Exemter vor die Civilsenate, nicht die Pupillensenate, der Obergerichte gehörte (Instruktion für den II. Senat des Oberjustizkollegiums vom 4. Mai 1806. §. 24; Instruktion für das Oberappellationstribunal vom 8. Mai 1806, §. 20). Insbesondere hat Art. 31 des Notariatsgesetzes die Gerichts- und Amtsnotare, die doch die regelmäßigen Aktuare der Waisengerichte sind (Justizministerialerlaß vom 4. Okt. 1844 im II. Ergänzungsband zum Regbl. S. 75), von der Mitwirkung der Aktuare bei Errichtung gerichtlicher Testamente, falls sie nicht als bestellte Rathsschreiber, beziehungsweise als Amtsverweser der Gerichtsaktuare, handeln, ausdrücklich ausgeschlossen.

Steht aber hienach fest, daß vor dem Waisengericht ein gerichtliches Testament nicht errichtet werden kann, so kann auch vor dem Aktuar des Waisengerichtes, und sollte auch als solcher in den ohne Mitwirkung des Notars zu erledigenden Geschäften der Ortsvorsteher fungiren,[54] ein Privattestament nicht errichtet werden. Ganz unerheblich ist daher, in wieweit zu W. in waisengerichtlichen Angelegenheiten von dem Stadtschultheißen F. die Aktuarsgeschäfte besorgt werden.

Ebensowenig kann die Giltigkeit des Testamentes mit der Behauptung aufrecht erhalten werden, daß bei dessen

[54] Vergl. Boscher, Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. IX, S. 79. Anm.

Errichtung Stadtschultheiß F. als Stellvertreter des zu dieser Zeit abwesend gewesenen Rathsschreibers mitgewirkt habe. Denn abgesehen davon, daß nicht behauptet werden kann, Stadtschultheiß F. sei vom Gemeinderath als Stellvertreter des Rathsschreibers in Verhinderungsfällen ordnungsmäßig bestellt und verpflichtet, ist in der Testamentsurkunde überall ausdrücklich von der Thätigkeit des Stadtschultheißen, womit nur der Ortsvorsteher als solcher gemeint sein kann, die Rede. Wollte derselbe in der nach dem zuvor Ausgeführten wesentlich verschiedenen Funktion eines Stellvertreters des Rathsschreibers der Testamentsverfassung sich unterziehen, so durfte er dieser Absicht Ausdruck zu geben nicht unterlassen. Auch findet auf die dießfällige Versäumung die Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, keine Anwendung. Die Nichtbeobachtung der Form fällt zugleich der Testirerin zur Last, die den Testamentserrichtungsakt vor einem der gesetzlichen Eigenschaft entbehrenden Aktuar vorgenommen hat. Daß sie in dieser Beziehung über die Qualifikation des Ortsvorstehers im Irrthum sich befand, kann dem Testamente die Giltigkeit nicht verschaffen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Sept. 1871 in der Berufungssache Hausch c. Hämmerle.

29) Oralfideikommiß; dessen Beweis.

Das durch l. 32, Cod. de fideicomm. (6, 42) und §. 12 J. de fideicomm. hered. (2, 23) eingeführte gemeinrechtliche sog. Oralfideikommiß ist durch das Landrecht, Thl. III, Tit. 16, §. 3, nicht ausgeschlossen und auch für Württemberg, und zwar ohne Kalumnieneid, giltig und anerkannt, wie dieß auch von dem Obertribunal in zwei neueren Fällen, Walter c. Doll, am 14. Sept. 1855, und Nold c. Heim am 3. Juli 1871 angenommen worden ist. Der Beweis desselben kann aber, wenn der Onerirte die ihm gemachte Auflage bestreitet, nur durch den Eid des Letzteren, nicht durch Zeugen hergestellt werden. Diese

Ansicht war schon bis zur Glosse die herrschende, erst in der Zeit nach der Glosse wurde sie von Vielen verlassen,[55] von den angesehensten Rechtslehrern der neuesten Zeit aber ist sie mit Recht einstimmig wieder aufgenommen worden und wird jetzt auch in der Praxis der deutschen Gerichte angewendet.[56] Denn wenn die l. 32 Cod. cit. beim Fehlen eines formellen letzten Willens die Frage von der Existenz des vom Erblasser in Anwesenheit des Onerirten verordneten Fideikommisses diesem Letzteren in das Gewissen schiebt, so kann diese Existenz nur von der Anerkennung oder eidlichen Ableugnung des Onerirten abhängig sein und für andere Beweismittel, wie Zeugen, Indizien, kein Raum mehr bleiben,

> „. . . cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est. . . . . . Quam autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta“

und zwar kann namentlich von Zeugen um so weniger die Rede sein, als das römische Recht in allen Arten von letztwilligen Verfügungen sowohl für gewöhnliche als für privilegirte Fälle, soweit überhaupt dabei Zeugen vorkommen, durchweg die Zahl der nothwendigen Zeugen, auch wo weniger als sonst genügen sollen, und die nothwendigen Eigenschaften derselben genau vorschreibt und doch nicht angenommen werden kann, daß Justinian

---

[55] Vergl. Kapff, Civilrechtsspr., Bd. 1, S. 92 ff.

[56] Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. II, §. 528, S. 533—535; Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. III, S. 681, Note 14; Keller, Pand., §. 556; Windscheid, Pand., 2. Aufl., Bd. III, S. 283, 284, Note 1; Mayer, von Legaten und Fideikommissen, §. 29, Note 17, 18; vergl. Seuffert, Archiv, Bd. V, Nro. 38; Bd. XIII, Nro. 47; Bd. XVIII, Nro. 96.

dieses von jeher bestehende Kuratelsystem für Erbschaftssachen in der l. 32 cit. nur so beiläufig stillschweigend habe durchbrechen und für Fideikommisse einen ganz gewöhnlichen Zeugenbeweis ohne Rücksicht auf Zahl und Eigenschaften der Zeugen habe zulassen wollen, das bestehende Recht wegen der Zeugen von ihm vielmehr festgehalten werden will, wenn er sagt:

„ . . . Quum enim res per testium solennitatem ostenditur, tuni et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas relevetur.“

Das Oralfideikommiß kann daher durch Aussagen von Zeugen nicht bewiesen werden und ist die Entscheidung über das Oralfideikommiß vielmehr von dem dem leugnenden Erben zugeschobenen Eid abhängig zu machen. Demselben stehen weder bereits vorliegende Zeugenaussagen (in dem gegebenen Falle waren in erster Instanz von kl. Seite benannte Zeugen vernommen worden) noch der Antrag der Beklagten auf Vernehmung von Gegenzeugen entgegen. Denn nach der l. 32 Cod. cit. hätten gar keine Zeugen vernommen werden sollen, bezw. sind die vernommenen unstatthafter Weise gehört worden, und ebensowenig sind noch Gegenzeugen zu hören, weil es keine Gewissensvertretung gegen diesen Eid gibt.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. April 1872 in der Berufungssache Fenchel c. Schäffer u. Gen.

30) Der einseitige Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes zweier Ehegatten ist an sich ohne Einfluß auf die Verfügung des anderen Ehegatten.

Ein gemeinschaftliches Testament zweier Ehegatten mit gegenseitiger Erbeseinsetzung ist an sich kein solcher ein-

heitlicher Rechtsakt, welcher, wo nicht als Erbvertrag, so doch vermöge seiner sonstigen Natur in sich untrennbar wäre, indem, abgesehen davon, daß ihm die Erfordernisse eines Erbvertrages nach Form und Inhalt fehlen würden, das Landrecht, Thl. III, Tit. 7, §. 4, ausdrücklich die Möglichkeit und das Recht eines jeden Ehegatten anerkennt, die Einsetzung des anderen Gatten einseitig zu widerrufen.[67] Dieses Widerrufsrecht muß auch dann Platz greifen, wenn auf den Tod des Ueberlebenden der Gesammtnachlaß in zwei Hälften zerlegt und die eine Hälfte den Verwandten des Ehemannes, die andere Hälfte den Verwandten der Ehefrau zugetheilt ist und der einseitige Widerruf des überlebenden Gatten seine Verfügung wegen der Verwandten betrifft. Wie das Obertribunal schon öfter ausgesprochen hat, sind solchenfalls in dem gemeinschaftlichen letzten Willen überhaupt zwei Testamente, je über das eigene Vermögen jedes Ehegatten enthalten, worin jeder Gatte den anderen zum Erben seines Nachlasses beruft und ihm je die von ihm bezeichneten Verwandten, eines Theils für den Fall des Vorabsterbens des anderen Gatten direkte nachsetzt, andern Theils fideikommissarisch in der Art substitnirt, daß die Erbschaft diesen Verwandten auf Ableben des eingesetzten Gatten als Universalfideikommiß zu restituiren ist, wobei angenommen wird, daß Jeder zunächst je seine Verwandten berufen habe und nur für diese habe sorgen wollen, und daß er kein Interesse habe, den anderen Gatten hinsichtlich seiner Verwandten in der freien Disposition über sein Vermögen zu beschränken. Diese beiden Testamente behalten ungeachtet ihrer formellen Verbindung ihre Selbstständigkeit und jedes kann von seinem Testirer bis zu seinem Tode widerrufen werden. Auch wird dem Ueberlebenden dadurch, daß er die Erbschaft des erstverstorbenen Gatten antritt, die Widerruflichkeit seines eigenen Testamentes nicht entzogen, in-

[67] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 409—412, 418.

dem nicht sein eigener, sondern nur der Nachlaß des Verstorbenen mit Fideikommiß beschwert erscheint.[58]

Hieraus ergibt sich, daß der überlebende Ehegatte rechtlich nicht gehindert ist, das mit dem erstverstorbenen gemeinschaftlich errichtete Testament, soweit es seinen Nachlaß betrifft, zu widerrufen und durch andere Verfügungen zu ersetzen. Dagegen erstreckt sich die Wirkung dieses Widerrufs nicht auch auf die von den erstverstorbenen Ehegatten getroffenen Verfügungen, vielmehr muß, da das gemeinschaftliche Testament zwei letzte Willen enthält, das Testament des ersten verstorbenen Ehegatten durch den Widerruf des Ueberlebenden unberührt bleiben, weil sein Inhalt der Dispositionsbefugniß des letzteren entzogen ist. Die von Letzterem dießfalls getroffenen entgegenstehenden Verfügungen können daher keine Wirkung erlangen, es wäre denn, daß nachgewiesen werden könnte, daß die Verfügungen beider Ehegatten auf eine untrennbare Weise ineinander verflochten seien und daß ohne den ungiltig gewordenen Theil des Testamentes auch der von dem vorverstorbenen Ehegatten herrührende Theil desselben nicht fortbestehen kann oder nach der Absicht des Testirers nicht fortbestehen sollte, insofern derselbe es nicht errichtet haben würde, falls nicht das ganze Testament unverändert bliebe.[59] Eine allgemeine Vermuthung dafür, daß gegenseitige Testamente in diesem Sinne wechselseitig bedingend seien, besteht jedoch gesetzlich nicht und ist auch sonst nicht begründet, denn es gibt keine inneren Gründe aus dem Wesen der Ehe, welche eine solche Vermuthung rechtfertigen könnten, und die große Vielgestaltigkeit des Inhaltes gemeinschaftlicher Testamente müßte jeder dießfallsigen Annahme entgegenstehen;[60] die wechselseitige Bedingtheit

---

[58] Bolley, 33 Aufl., S. 434; württ. Archiv, Bd. XIII, S. 414, 416, 417—421.

[59] Bolley, 33 Aufl., S. 435.

[60] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 413.

müßte daher im Testamente ausdrücklich erklärt oder aus seinem Inhalte sonst unzweifelhaft zu entnehmen sein.[61] Entscheidung des Obertribunals vom 2. Juni 1871 in der Berufungssache Kärcher c. Hummel.

31) Aufrechthaltung der Legate im Falle der Destitution eines Testamentes.

Der Grundsatz, daß mit der Destitution eines Testamentes auch sämmtliche Legate fallen, erleidet nach dem prätorischen Rechte dann eine Ausnahme, wenn der Testamentserbe die Erbschaft in der Absicht ausschlägt, um die Vermächtnisse wirkungslos zu machen und die ganze Erbschaft frei von denselben, ab intestato entweder an sich oder an einen Andern zu bringen. In diesem Falle wird dem Legatar gegen den Eingesetzten oder selbst gegen jeden Dritten, der in Folge der Handlung des Testamentserben in den Besitz der Erbschaft gelangt ist, eine Klage auf Leistung der Legate gegeben. — l. 1 pr. §. 6, §. 13, l. 4 pr. §. 1, l. 6 pr. §. 1, l. 10 pr., l. 12 pr., l. 15, l. 24, l. 28 §. 1. l. 29, l. 2 §. 1 D. si quis omissa (29, 4). — Nur wenn der Eingesetzte in keiner unredlichen Absicht — aus irgend welchen andern Gründen — den Antritt der Testamentserbschaft abgelehnt hat, bleibt die Regel in Kraft, daß mit dem Testamente die Legate hinwegfallen — l. 17 vergl. mit l. 1 pr. §. 4, l. 22 §. 2, D. si quis omissa (29, 4).[62] — Daß diese Ausnahme im neueren römischen Rechte nicht aufgehoben werden wollte, darauf müßte schon der Umstand hinweisen, daß in die justinianische Gesetzsammlung zwei besondere Digesten- und Codextitel aufgenommen worden sind, — D. si quis omissa (29, 4) und Cod. si omissa sit causa (6, 39) — welche diesen Gegenstand ausschließlich und mit einer in die reichste Kasuistik gehenden Ausführlichkeit noch bis in

---

[61] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 413—414; Bolley, 33 Aufl., S. 433 oben.

[62] Sintenis, Civilrecht, Bd. III, S. 458 u. Note 17.

die Kaiserzeit behandeln,[63] was doch nicht wohl aus bloßen rechtshistorischen Rücksichten erklärlich wäre. Es ist aber auch in der That keine spätere Verordnung des römischen Rechtes vorhanden, welche dieselbe wieder aufgehoben hätte, und namentlich ist dieß durch die Nov. 1 nicht geschehen, welche die gesetzlichen Bestimmungen über Erfüllung letztwilliger Verfügungen und insbesondere über Leistung von Legaten nicht einschränken, sondern im Gegentheil ausdehnen wollte und keine einzige der bereits bestandenen Vorschriften aufgehoben, vielmehr zu denselben noch weitergehende hinzugefügt hat. Deßgleichen kann nicht davon die Rede sein, daß der Satz des prätorischen Rechtes als „erbrechtliche Pönalklage" abgeschafft sei. Es ist daher von den Lehrern des gemeinen Rechtes allgemein anerkannt, daß jene Ausnahme des prätorischen Rechtes in Kraft geblieben ist und noch jetzt in Kraft steht.[64] Diese Ausnahmebestimmung hat zufolge der Rezeption des römischen Rechtes auch Geltung für das württ. Recht. Zwar findet sich dieselbe im Landrecht Thl. III, Tit. 20, §. 11 und Tit. 24, §. Wann aber u. s. w., wo die Regel, daß im Falle der Destitution eines Testamentes die Legate ungiltig werden, aufgeführt ist, nicht erwähnt; es kann jedoch aus dieser Nichterwähnung die Aufhebung dieser Ausnahme nicht gefolgert werden, weil das Landrecht kein vollständiges Gesetzbuch ist, sondern nur eine Anknüpfung des einheimischen Rechtes an das römische Recht geben wollte, und weil, wie **Wächter**[65] in Beziehung auf die Auslegung des Landrechtes hervorhebt, in der Aufnahme und Bestätigung einer Regel des römischen Rechtes noch keines-

[63] **Sintenis**, a. a. O., S. 457, Note 12.

[64] **Glück**, Komm., Bd. XLIII, §. 1504, S. 447 ff.; **Göschen**, Civilrecht, Bd. III, §. 1027; **Vangerow**, Pand., 6 Aufl., Bd. II, §. 539, S. 589–591; **Keller**, Pand., §. 496, S. 945; **Holzschuher**, Theorie und Kas., 3. Aufl., Bd. II, S. 1072, S. 839 bis 840 Note; **Sintenis**, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. III, S. 457–458, **Windscheid**, Pand., 2. Aufl., Bd. III, S. 317—318 und Note 7.

[65] Württ. Privatrecht, Bd. II, S. 166, Note 12.

wegs eine Aufhebung der nicht miterwähnten Ausnahmen des römischen Rechtes von dieser Regel gefunden werden darf. Auch kann die im Landrecht Thl. III, Tit. 24. §. Wann aber ꝛc. „zu Gunsten der legata ad pias causas gemachte Ausnahme keinesfalls in einem exklusiven Sinne verstanden werden, weil dieselbe, wie Griesinger[66] und Römer[67] bestätigen, eine Abänderung des römischen Rechtes war und daher ihre Erwähnung schon hierin, d. h. als einer neuen hinzukommenden Ausnahme, ihre selbstständige Erklärung erhält.

Nun will zwar in den Worten des Landrechtes Thl. III, Tit. 20, §. 11: ein von den eingesetzten Erben nicht angetretenes „Testament mag nicht Kraft haben weder der Erbsatzung noch der Legaten halben, es wäre denn darinnen sondere Fürsehung geschehen wie es in diesem Fall gehalten werden solle", eine von dem prätorischen Rechte abweichende, mit diesem im Widerspruch stehende, Bestimmung des Inhalts gefunden werden, daß die ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Legate nicht mehr von selbst, sondern nur noch im Falle einer dießfallsigen ausdrücklichen Anordnung des Testirers möglich sein, also der Ausnahmefall des prätorischen Rechtes aufgehoben und durch das Erforderniß besonderer Anordnung des Testirers ersetzt sein soll. Allein diese Auffassung obiger Landrechtsstelle beruht auf einem unrichtigen Verständniß dieser Gesetzesstelle, welche nur die römische Rechtsregel ausdrücken will, daß Testament und Legat zusammenfällt, wenn der Testamentserbe ohne dolose Absicht die Erbschaft nicht antritt oder nicht antreten kann, und eine besondere Anordnung des Testirers verlangt, wenn dessen ungeachtet das ungiltig gewordene Testament noch eine Bedeutung behalten soll, wogegen diese Stelle auf den abweichenden Fall einer dolosen Testamentsausschlagung und die hiefür bestehende, besondere Ausnahmebestimmung des

[66] Kommentar, Bd. VI, S. 574—575.
[67] Erbrecht, §. 260.

prätorischen Rechtes lediglich keinen Bezug hat und diese Bestimmung daher auch nicht aufheben wollte.

Es kann daher aus dem Texte des Landrechtes eine Beseitigung dieser prätorischen Vorschrift nicht nachgewiesen werden. Aber auch aus inneren Gründen ist nicht anzunehmen, daß das Landrecht die Ausnahme des römischen Rechtes habe aufheben wollen. Denn diese normirt die Repression des Dolus in Erbschaftssachen, welcher, wie er im Privatrechte überhaupt nicht nachgesehen wird, so auch im Erbrechte nicht nachgesehen werden darf, und das Landrecht, welches dieses wichtige Prinzip in zahlreichen Stellen seinerseits ebenfalls anerkannt und durchgeführt hat, wie z. B. Thl. II, Tit. 3, §. 1, 4, 12, 14; Tit. 7, §. 7; Tit. 9, §. Da auch 2c., §. wann man 2c.; Tit. 15, §. So aber 2c.; Tit. 16, §. wann jemand 2c.; Thl. III, Tit. 9, §. 14, 15; Thl. IV, Tit. 3, §. 4, 5, konnte unmöglich wollen, daß dasselbe in diesem bedeutungsvollen Falle außer Acht gelassen werde.

Zudem wird diese Auffassung des Landrechtes dadurch wesentlich unterstützt, daß die Eisengrein'sche Relation in dem Entwurfe des Titels „von Antretung und Repudiation oder Nichtannehmung der Erbschaft" die gedachte Ausnahme des römischen Rechtes in ihrem Hauptinhalte aufgenommen hat, ohne daß bei der nachherigen kommissarischen Berathung dieses Entwurfes eine Erinnerung gegen diese Bestimmung gemacht worden wäre.[68] Zwar ging der betreffende Satz Eisengreins nicht in den Text des Landrechtes über, hieraus folgt aber nicht, daß er verworfen worden ist, indem die Nichtaufnahme sich vollständig daraus erklären läßt, daß man den Text des Landrechtes auf das Nothwendigste beschränken wollte, wie sich denn noch manche andere von Eisengrein vorgeschlagene Rechtssätze nachweisen lassen, welche ebenfalls nicht in den Text des Landrechtes aufgenommen wurden und doch in anerkannter Geltung stehen.

---

[68] Landrechtsakten, S. 411, 596—597.

Auch ist nicht anzunehmen, daß Eisengrein, wie die Bekl. meint, die prätorische Bestimmung, soweit sie gegen den dritten Besitzer der Erbschaft geht, von der Geltung im württ. Rechte habe ausschließen wollen.

Endlich wird die Bestimmung des prätorischen Rechtes von solchen Schriftstellern, welche das gesammte in Württemberg geltende Privatrecht behandeln, wie Reyscher und Römer,[69] gleichfalls als bestehendes Recht angeführt und nur von solchen, die sich auf das württ. Partikularrecht — mit Ausschluß des römischen Rechtes — beschränken, unerwähnt gelassen.[70]

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Novbr. 1871 in der Berufungssache Keinath c. Baumann und Gen.

B. Wechselrecht.

32) Wechselbürgschaft.

a) Nach Art. 81 der deutschen Wechselordnung haftet nur Derjenige wechselmäßig als Bürge, welcher den Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet hat.

Wie nun das Wort „mitunterzeichnen" klar besagt und sich aus allgemeinen Grundsätzen, nach welchen eine Bürgschaft ohne Hauptverpflichtung nicht denkbar ist, ergibt, muß die Unterschrift des Wechselbürgen in Beziehung zu einer anderen Wechselerklärung gebracht werden, welch letztere nach dem genannten Artikel die des Ausstellers, des Acceptanten oder des Indossanten sein kann. Diese Beziehung wird nun entweder örtlich dadurch hergestellt, daß die Unterschrift eines Bürgen unter der Unterschrift eines anderen Wechselverpflichteten oder aber neben derselben in einer Weise angebracht ist, daß an ihrer Zugehörigkeit zu der anderen Unterschrift nicht gezweifelt werden kann. Oder

---

[69] Reyscher, württ. Privatrecht, §. 684; Römer, Erbrecht §. 240, S. 51, §. 260, S. 80.

[70] Vergl. Griesinger, Komm., Bd. VI, S. 480; Weishaar, württ. Privatrecht, §. 840.

es kann jene Beziehung durch einen ausdrücklichen Beisatz bei der Unterschrift des Bürgen kundgegeben werden.

Aus dem Begriff der wechselmäßigen Verbindlichkeit, welche nur dann und insoweit existirt, als solche in der Wechselurkunde ausgedrückt ist, folgt sodann von selbst, daß die Beziehung der Unterschrift des Bürgen zu der anderen Wechselverpflichtung aus dem Wechsel selbst hervorgehen muß und durch andere Beweismittel nicht dargethan werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. August 1870 in der Berufungssache Regensteiner c. Brandstätter.

b) Durch die Unterzeichnung der auf einen Wechsel gesetzten Worte: „als Wechselbürge haftet," wird von dem Unterzeichner damit eine Willenserklärung zum Ausdruck gebracht, welche, unter der Voraussetzung ihrer Beziehung auf eine andere Wechselerklärung, unter dem Art. 81 der Wechselordnung zu stellen ist. Mit Unrecht wird bestritten, daß in den Worten: „als Wechselbürge haftet" eine auf Avalgebung gerichtete Absicht zu erkennen und daher lediglich die Uebernahme einer civilrechtlichen Bürgschaft zu unterstellen sei. Denn obschon der Aval des Art. 81 der Wechselordnung seinem Wesen nach keine accessorische Verbindlichkeit und somit an und für sich als Bürgschaftsübernahme nicht aufzufassen ist,[71] so ist doch umgekehrt die ohne weiteren Zusatz auf die Wechselurkunde gesetzte Bezeichnung des Unterzeichners als „Wechselbürgen," wie aus Art. 81 selbst hervorgeht, der adäquate und im Vergleich mit den Worten „als Bürge" noch mehr prägnante Ausdruck in deutscher Sprache für Avalgebung.[72] Ob bei solcher Unterzeichnung als Wechselbürge der Unterzeichner mit mehr oder weniger Erkenntniß der rechtlichen Natur des Avals zu Werke ging, ist unerheblich und kann an der rechtlichen Auffassung Nichts ändern und wenn

---

[71] Volkmar und Löwy, deutsche Wechselordnung, S. 283.

[72] Seuffert, Archiv, Bd. XXIII, Nro. 258; vergl. mit Bd. XVI Nro. 242; Bd. XVIII, Nro. 170; Bd. XIX, Nro. 183.

auch die Unterzeichnung des Wechsels in Folge des Ansinnens der Uebernahme einer Bürgschaft erfolgte, so liegt in der Zustimmung zu diesem Ansinnen durch Unterzeichnung des Wechsels nicht das Eingehen einer civilrechtlichen Bürgschaft, sondern es ist mit der Unterschrift unter den Worten: „als Wechselbürge haftet" der Bürgschaftsübernahmeakt als Wechselbürgschaft vollzogen worden.

In der Wechselbürgschaft ist eine civilrechtliche Bürgschaft nicht von selbst enthalten. Denn die Verbürgung in Wechselform ist nicht eine blose Verbürgung nach civilrechtlichen Grundsätzen mit blos hinzutretender prozessualischer Wechselstrenge, sondern sie besteht in einem besonderen Komplex von sich gegenüberstehenden Rechten und Verbindlichkeiten und ist daher die Wechselverbindlichkeit ungiltig, so bleibt nicht etwa eine gewöhnliche civilrechtliche Bürgschaft zurück, sondern die ganze Bürgschaft ist unwirksam, weil sie eben nur (vermeintlich giltig) als Wechselverbindlichkeit übernommen worden ist. Eine Ausnahme ist nur dann begründet, wenn entweder die Parteien eine zweifache Verbürgung, eine civilrechtliche und verstärkende wechselrechtliche, verabredet hätten, oder wenn in ihrer Absicht läge, es solle die in Wechselform geleistete Bürgschaft im Fall ihrer Ungiltigkeit als solche doch als gewöhnliche civilrechtliche Bürgschaft aufrecht erhalten werden. [73]

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Okt. 1871 in der Berufungssache Regensteiner c. Brandstätter.

33) Wechselverbindlichkeit eines des Lesens und Schreibens Unkundigen.

Von dem Unterzeichner eines Wechsels wurde der Wechselklage entgegengehalten, daß er nicht lesen und mit Ausnahme seines Namens Nichts schreiben könne, somit

[73] Württ. Archiv, Bd. VI, S. 414; Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes vom 6. Juni 1871, in der Sammlung herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes, Bd. II, S. 360 ff.

auch durch seine Unterschrift auf dem Wechsel, dessen Inhalt er nicht gekannt habe, nicht verpflichtet worden sei. Diese Einwendung wurde verworfen und es besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach Art. 1 der Wechselordnung ist Jeder wechselfähig, welcher sich durch Verträge verpflichten kann, also auch der Lesens- und Schreibensunkundige, da letzterer nach allgemeinen Grundsätzen in der Fähigkeit, Verträge abzuschließen, nicht beschränkt ist und die Wechselordnung bezüglich einer solchen Person keine Ausnahme statuirt. Im Gegentheil geht aus dem Art. 94 die Wechselfähigkeit von schreibensunkundigen Personen ausdrücklich hervor.

Sodann aber soll die blose Namensunterschrift auf einer Wechselurkunde nach den Bestimmungen der Wechselordnung die wechselmäßige Verpflichtung Desjenigen, der seinen Namen auf den Wechsel gesetzt hat, begründen. Dies ist in dem Art. 12 bezüglich des Indossanten, in dem Art. 21, Abs. 3 bezüglich des Acceptanten und in Art. 81, Abs. 1 bezüglich des Mitunterzeichners einer Wechselerklärung ausgesprochen. Daß der Inhalt der Wechselurkunde Demjenigen, welcher seinen Namen auf den Wechsel geschrieben habe, bekannt sein müsse, ist in den angeführten Gesetzesbestimmungen nicht gesagt. Vielmehr verlangt der oben erwähnte Art. 94 auch bei Schreibensunkundigen nur, daß die Aechtheit der Zeichen, welche sie statt ihres Namens auf den Wechsel gesetzt haben, durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung feststeht, nicht aber, daß auch die Ausstellung ihrer Wechselerklärung selbst beglaubigt sein müsse. Auch läßt sich nicht mit Grund einwenden, daß Derjenige, welcher seinen Namen auf eine Wechselurkunde setzt, im Bewußtsein, daß es sich um eine solche handelt (und dieses Bewußtsein wird gegenüber dem Unterzeichner der Wechselurkunde bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet), jedoch ohne deren Inhalt zu kennen, nicht den Willen haben könne, sich wechselmäßig zu verpflichten. Denn derselbe

muß sich der Bedeutung, welche seine Unterschrift nach dem Gesetze hat, bewußt sein und hat daher den erforderlichen Verpflichtungswillen, auch wenn ihm der Inhalt des Wechsels bei der Unterzeichnung nicht bekannt ist.

Endlich würde es dem Begriffe der Wechselverpflichtung als eines formalen durch die Schrift begründeten Vertrages zuwiderlaufen und überdem die Sicherheit des Wechselverkehres in hohem Maße gefährden, wenn Derjenige, welcher durch seine Unterschrift auf dem Wechsel sich äußerlich gegenüber jedem dritten Wechselinhaber verbindlich gemacht hat, dem Letzteren die Einwendung entgegenhalten könnte, daß er außer seinem Namen Nichts schreiben und nicht lesen könne und den Inhalt seiner Wechselerklärung nicht gekannt habe.

Nur dann, wenn der Wechselgläubiger die Schreibens- und Lesensunkunde des Wechselschuldners zur Erschleichung der Wechselerklärung des Letzteren mittelst unwahrer Vorspiegelungen benützt hätte, stünde der Klage jenes Wechselgläubigers die Einrede des Betruges entgegen.

Davon, daß die Einwendung der Lesens- und Schreibensunkunde, sowie der Unkenntniß der Wechselerklärung nicht geeignet ist, die letztere zu entkräften, ging auch die Leipziger Wechselkonferenz aus. Denn die Bestimmung des §. 95 des preußischen Entwurfes einer Wechselordnung, wonach der Unterzeichner einer Wechselerklärung mit dem Einwand, daß letztere ohne seine Genehmigung geschrieben sei, oder daß er die Sprache, in welcher die Erklärung abgefaßt sei, nicht verstehe, oder daß er nur seinen Namen schreiben könne, im Wechselprozeß nicht gehört werden solle, wurde von jener Konferenz mit 17 gegen 1 Stimme gut geheißen. Dabei wurde übrigens hervorgehoben, daß durch den angeführten §. 95 die Einrede der Fälschung nicht ausgeschlossen werden wolle.[74]

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Oktober 1871 in der Appellationssache Schrem c. Pfundt.

---

[74] Leipziger Konf., Prot. (Ausgabe von Thöl), S. 181.

C. Versicherungsrecht.

34) Erlöschung der Lebensversicherung wegen Trunksucht des Versicherten.

Der §. 52 (jetzt §. 49) der Statuten der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank in Stuttgart enthält die Bestimmung:

„Die Lebensversicherung erlischt, wenn der Versicherte durch die Wahl seines Berufes oder durch eigene Verschuldung sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet. — Todesfälle in Folge von Unglücksfällen und dadurch entstandene Krankheiten jeder Art sind nicht als selbstverschuldet anzusehen, wenn der Unglücksfall nicht durch unverantwortliches Wagniß herbeigeführt worden ist.“

Auf Grund dieser Bestimmung wurde die Ausbezahlung der Versicherungssumme den Erben des Versicherten, zu deren Gunsten die Versicherung genommen war, in einem Falle verweigert, in welchem der Versicherte seinen Tod beim Nachhausegehen aus dem Wirthshause durch einen Sturz auf einem abschüssigen Wege und dadurch erlittener Gehirnerschütterung gefunden hatte, indem seiten der Lebensversicherungsbank geltend gemacht wurde, daß der Versicherte sich seit längerer Zeit gewohnheitsmäßig dem Trunke ergeben, daß er ganze Tage im Wirthshaus zugebracht und fortgetrunken und oft 10—12 Schoppen Wein an Einem Tage getrunken habe, und daß auch der Sturz, welcher seinen Tod herbeigeführt, die Folge von Betrunkenheit gewesen sei. Die behauptete Trunksucht des Versicherten wurde von dessen Erben bestritten und Klage auf Ausbezahlung der Versicherungssumme erhoben. Das Obertribunal erachtete die für die behauptete Trunksucht geltend gemachten Thatsachen als erheblich und erließ eine Beweisverfügung, in deren Gründen ausgeführt wurde:

Nach dem §. 52 der Bankstatuten erlischt die Versicherung, wenn der Versicherte durch die Wahl seines Berufes oder durch eigene Verschuldung sein Leben oder seine

Gesundheit gefährdet. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß der das Leben oder die Gesundheit gefährdende Beruf oder eine Lebensweise solcher Art schon für sich einen Grund der Erlöschung der Versicherung bildet, daß also die Versicherung schon dann erlischt, wenn der Beruf oder die Lebensweise des Versicherten von der Art ist, daß dadurch sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet wird, ohne daß es im Falle des Todes des Versicherten darauf ankommt, welche Ursache den Tod herbeigeführt hat. Eine solche nach den Statuten nicht gestattete Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit liegt vor, wenn der Versicherte in wirkliche Trunksucht verfällt, wie dieß in vorliegendem Falle behauptet und genügend thatsächlich begründet ist. Die Thatsache, daß der Versicherte bis zu seinem Tode in dem behaupteten Grade dem Trunk ergeben gewesen sei, ist daher erheblich. Unerheblich ist dagegen, ob der Versicherte an dem Abend seines Sturzes wirklich berauscht und ob der Sturz und der durch den Sturz herbeigeführte Tod zugleich Folge des Rausches gewesen sei. Denn war der Versicherte gewohnheitsmäßig dem Trunke ergeben, so genügt diese Thatsache zu Begründung der Einrede der beklagten Lebensversicherungsbank. Würde aber die Trunksucht des Versicherten nicht erwiesen und hätte sich derselbe an dem Tage seines Sturzes nur ausnahmsweise einen wenn auch gröberen Exzeß im Trinken erlaubt, so wäre die Einrede der Beklagten zu verwerfen. In diesem Falle wäre der im Rausch erfolgte tödtliche Sturz ein Unglücksfall, welcher nach der weiteren vom Tod in Folge von Unglücksfällen handelnden Bestimmung des §. 52 der Bankstatuten nicht als selbstverschuldet anzusehen wäre, weil er nicht durch unverantwortliches Wagniß herbeigeführt worden wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. März 1872 in der Berufungssache der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank Stuttgart c. Gölz'sche Erben.

35) Brandversicherung; Beweis des Werthes der verbrannten Gegenstände.

a) Nach §. 8 der Statuten der Magdeburger Mobiliar-Feuerversicherungsgesellschaft ist zwar der Versicherte für die Existenz und den Werth der verbrannten Gegenstände beweispflichtig; es darf ihm aber nur eine solche Beweisführung zugemuthet werden, wie sie nach den Umständen des einzelnen Brandfalles von ihm beigebracht werden kann, wovon auch die Statuten in dem erwähnten §. 8 ausgehen, indem daselbst bestimmt ist, die Gesellschaft dürfe von dem Versicherten „Belege und sonstige Beweise, die er liefern könne," verlangen.[75] Erwägt man im gegenwärtigen Falle, daß der Beamte der Hauptagentur der beklagten Versicherungsgesellschaft kurz nach dem Brande genaue Erhebungen an Ort und Stelle vorgenommen, über die verbrannten und geretteten Gegenstände Verzeichnisse angefertigt und mit dem Kläger über die ihm gebührende Entschädigung Vereinbarungen getroffen hat, daß ferner sofort nach dem Brande eine umfassende Kriminaluntersuchung eingeleitet und mehrfache Haussuchungen vorgenommen wurden und daß beklagter Seits weder früher noch jetzt spezielle Umstände gegen die nunmehr eingeklagte Entschädigungssumme erhoben wurden, so liegt genügender Grund vor, den Kläger zum Ergänzungseide zuzulassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Jan. 1872 in der Berufungssache der Magdeburger Mobiliar-Feuerversicherungsgesellschaft c. Wolz.

b) Sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als auch im vorliegenden Falle nach den Versicherungsbedingungen liegt dem gegen Feuersgefahr Versicherten der Beweis des von demselben erlittenen Schadens ob. Uebrigens ist bei der namentlich auch in dem gegenwärtigen Falle zutreffenden Schwierigkeit dieses Beweises der freien Beweiswürdigung ein weiter Spielraum gelassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Febr. 1872 in der Berufungssache Huber c. Versicherungsgesellschaft Deutscher Phönix in Frankfurt.

---

[75] **Vergl. deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 888, 889; Motive**

D. Prozeß.

36) Verpflichtung des Armenanwalts zur Uebernahme der ihm übertragenen Armensache.

(Nachtrag zu der Note 3 oben S. 114.)

In dem oben S. 107 ff. mitgetheilten Artikel: „Zur Lehre von Armenrecht“ wird die Frage erörtert, ob der für eine arme Prozeßpartei bestellte Armenanwalt zu Vertretung der Partei auch dann verpflichtet sei, wenn deren Sache nach seiner rechtlichen und moralischen Ueberzeugung als unhaltbar erscheine, und es wird sich vom gesetzgeberischen Standpunkte dafür ausgesprochen, daß einem Anwalt nicht zugemuthet werden könne, eine Sache gegen seine Ueberzeugung zu vertreten, und ihm daher die Ablehnung aus zureichenden Gründen gestattet werden müsse, worüber sodann das Prozeßgericht endgiltig zu entscheiden habe. Ob diese Behandlungsweise nach der württ. Civilprozeßordnung statthaft sei, wird in dem Artikel dahin gestellt gelassen, in der Note 3 aber von dem Herrn Mitherausgeber unter Beziehung auf eine Aeußerung der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg. zu Art. 167 des Entwurfes der C.P.O. (Art. 168 des Gesetzes) die Ansicht ausgesprochen, daß der vorgedachte legislative Vorschlag in Württemberg bereits bestehendes Recht sei und hienach der Armenanwalt sich die Partei auch aus sachlichen Gründen verbitten könne.[76] Die Civilkammer des Obertribunals ist jedoch in einem Falle, in welchem der bestellte Armenanwalt mit Rücksicht auf die offenbare Grundlosigkeit der erhobenen Berufungs- und Nichtigkeitsbeschwerde die Partei sich verbeten und um Bestellung

---

zum Entwurf eines württ. Handelsgesetzbuches, S. 395, 413; Seuffert, Archiv, Bd. XXIII, Nro. 132; Kübel in der Zeitschrift für Versicherungsrecht von Malß, Bd. I, S. 387 ff.; Bd. II, S. 66 ff.

[76] Nach den Worten „zu erwirken“ in der Note 3, S. 114, Zeile 4 von unten ist das Zeichen (Sy.) aus Versehen des Setzers weggeblieben, während das Folgende eine nicht zum Druck bestimmte Notiz war.

eines andern Armenanwalts gebeten hatte, davon ausgegangen, daß aus dem Grunde der Unhaltbarkeit der Sache der armen Partei dem Armenanwalt eine Ablehnung des Auftrags nicht zustehe. Es ist ein allgemeiner in dem Wesen des mündlichen Verfahrens wurzelnder Grundsatz, daß in dem Vorverfahren eine sachliche Prüfung nicht stattfinden darf und es ist dieß in der Prozeßordnung in dem Art. 322, 334 und 697 sowohl für die erste als die zweite Instanz ausgesprochen.[77] Nur konsequent war es daher, daß die Prozeßordnung auch die Zulassung zum Armenrecht von einer sachlichen Vorprüfung nicht abhängig gemacht hat, für welche es zudem vor der mündlichen Verhandlung für den Richter an der dazu erforderlichen Basis fehlt, sofern diese Basis im mündlichen Verfahren erst durch die mündliche Verhandlung gewonnen wird. Es ist weiter aber auch vollkommen richtig, wenn die Motive die behufs der Entscheidung über die Bitte um Zulassung zum Armenrecht von dem Prozeßgerichte vorgenommene, der Natur der Sache nach stets mehr oder weniger unsichere Vorprüfung der Rechtmäßigkeit der Sache des Bittstellers mit der Stellung des Richters nicht wohl vereinbar erklären und darauf hinweisen, daß solche zu einer unerwünschten Kollision führen müsse, wenn die arme Partei, der Abschlagung des Armenrechtes ungeachtet ihre Sache zu verfolgen nicht ablasse. In Uebereinstimmung hiemit hat auch die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg. ihre lebhafte Anerkennung ausgesprochen, daß die Regierung die Zulassung zum Armenrechte nur von der Armuth des Bittstellers und nicht auch noch von einer vorgängigen Prüfung seines Rechtsanspruches abhängig gemacht habe.[78] Die Bestellung eines Armenanwalts, wenn die Partei darum bittet, ist aber nach Art. 167 der C.P.O. lediglich eine Konsequenz der Zulassung zum Armenrechte,

---

[77] Württ. Gerichtsblatt, Bd. I, S. 12.

[78] Die neue Justizgesetzgebung, Bd. II, Abth. 3, S. 55, 56; Abth. 2, S. 115, 116.

daher wie diese von einer sachlichen Vorprüfung nicht abhängig. Nun kann allerdings nach Art. 168, Abs. 3 der bestellte Armenanwalt die Partei aus erheblichen Gründen sich verbitten und es scheint, daß die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg., welcher diese Bestimmung ihre Entstehung verdankt, der Ansicht war, es könne die Verbittung auch wegen Grundlosigkeit der Sache erfolgen, wenn solche gehörig motivirt werde. Denn da in dem Kommissionsberichte gesagt ist, es genüge die blose Anführung des Armenanwalts, daß er die Sache für grundlos halte, „ohne nähere Begründung dieser Ansicht" nicht, um die Ablehnung zu begründen,[79] so ist die Annahme offen gelassen, daß durch eine gehörige Begründung der Grundlosigkeit der Sache die Ablehnung gerechtfertigt werden könne. Wäre dieß aber auch die Ansicht der Kommission gewesen, was übrigens keineswegs so ausgemacht erscheint, so hat dieselbe jedenfalls in dem Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Die sonstigen Bestimmungen der Prozeßordnung, wonach im Vorverfahren eine sachliche Prüfung überhaupt nicht stattfinden und die Zulassung zum Armenrecht wie die Bestellung eines Armenanwalts nur von der Armuth des Bittstellers und nicht auch noch von einer vorgängigen Prüfung seines Rechtsanspruches abhängig sein soll, stehen aber der Annahme, daß die in dem Entwurfe beseitigte und von der Justizgesetzgebungskommission ausdrücklich gebilligte Beseitigung der sachlichen Vorprüfung auf einem Umwege wieder in das Gesetz habe aufgenommen werden wollen, geradezu entgegen. In dem Eingangs angeführten Aufsatze wird zwar auszuführen gesucht, es bleibe das Prinzip, daß der um Ertheilung des Armenrechtes angerufene Richter sich einer sachlichen Prüfung zu enthalten habe, aufrecht erhalten, wenn auch dem Anwalt die Ablehnung aus sachlichen Gründen gestattet und dem Prozeßgerichte die endgiltige Entscheidung über diese Ablehnung zugewiesen werde. Unseres Erach-

[79] **Die neue Justizgesetzgebung, Bd. II, Abth. 2, S. 118 unten.**

tens würde es jedoch im direkten Widerspruch mit dem angeführten Prinzipe stehen, wenn dem Armenanwalt behufs der Ablehnung des ihm ertheilten Auftrags die Führung des Nachweises der Grundlosigkeit der ihm übertragenen Sache gestattet und dem Prozeßgerichte die Entscheidung hierüber zugewiesen würde. Denn diese Entscheidung könnte nur auf Grund der zuvor prinzipiell verworfenen materiellen Prüfung erfolgen. Ob diese Vorprüfung vor der mündlichen Verhandlung vor oder nach Bestellung des Armenanwalts geschieht, scheint unerheblich. Denn der gesetzgeberische Grund für den Ausschluß der sachlichen Vorprüfnng bei der Zulassung zum Armenrecht, daß solche mit der Stellung des Richters nicht wohl vereinbar sei und zu Kollisionen führen müsse, trifft ganz ebenso zu, ob die Vorprüfung der Bestellung des Armenanwalts vorhergeht oder derselben nachfolgt; auch ermangelt die Prüfung in dem einen wie im anderen Falle gleich sehr der erforderlichen sicheren Basis. Der Abs. 3 des Art. 168 kann daher nur auf solche Gründe bezogen werden, welche in der Person des bestellten Anwalts und nicht in der Sache liegen, wie denn auch in dem Berichte der Justizgesetzgebungskommission beispielsweise das Verhältniß der Verwandtschaft oder Klientel der Gegenpartei als Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung des bestellten Armenanwalts angeführt ist, so daß, wenn die Ablehnung als gegründet erkannt wird, nunmehr ein anderer Armenanwalt zu bestellen, nicht aber die Bestellung eines solchen überhaupt zu versagen ist. Letzteres wäre aber die Konsequenz, wenn eine Ablehnung aus sachlichen Gründen gestattet würde, da es widersinnig wäre, die Sache, welche dem einen Anwalt wegen der Schlechtigkeit der Sache abgenommen worden, nun einem anderen Anwalt, dem derselbe Ablehnungsgrund zur Seite stände, zu übertragen. Dafür aber, daß das Prozeßgericht berechtigt sein solle, aus sachlichen Gründen die Bestellung eines Armenanwalts der zum Armenrecht zugelassenen Partei nachträglich ganz zu verweigern, läßt sich aus dem Gesetze gewiß nicht entnehmen, vielmehr sprechen seine Bestimmungen wie deren Motive geradezu dagegen.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Der Eigenthumsvorbehalt (pactum reservati dominii) nach gemeinem und württembergischem Rechte.

(Von Herrn Kreisrichter G. Pfizer in Ulm.)

Eine der bestrittensten Materien des gemeinen Rechtes ist das sogenannte pactum reservati dominii.[1] Unbestritten ist nur das Eine, daß das römische Recht dieses pactum nicht kennt, und schon dieser Umstand muß mit einigem Mißtrauen gegen dasselbe erfüllen, welches sich steigert, wenn wir die verschiedenen Resultate neben einander stellen, zu welchen die Schriftsteller über diesen Gegenstand gelangt sind.

Die eine Ansicht geht dahin, das pactum reservati dominii sei (wenigstens beim Kauf, bei welchem es hauptsächlich vorkommt) stets als Resolutivbedingung aufzufassen.

Eine zweite Ansicht will es im Zweifel als Suspensivbedingung angesehen wissen, wenn sie auch zugibt,

[1] S. Vangerow, Pandekten, Bd. I, §. 311; Sintenis, Civilrecht, Bd. I, §. 49, N. 21.

daß von den Partheien dem Eigenthumsvorbehalt die Wirkung einer Resolutivbedingung beigelegt werden könne.

Die dritte eklektische Ansicht endlich, von Sintenis vertreten, gelangt zu dem bedenklichen Ergebniß, das p. r. d. sei theils Suspensiv-, theils Resolutivbedingung.

Keine dieser drei Ansichten über das pactum reservati dominii, sofern darunter eine dem römischen Rechte fremde Nebenberedung, Vertrag oder Bedingung verstanden wird, erscheint jedoch haltbar. Dieß soll zunächst mit Beziehung auf den Kaufvertrag ausgeführt werden, die Anwendung auf andere Verträge wird sich alsdann leicht ergeben.

Eigenthum ist der rechtlich geschützte Zustand vollständiger Herrschaft, dominium, über eine Sache. Diese vollständige Herrschaft auf einen Andern zu übertragen, ist stets der Zweck des Kaufvertrages; diese Absicht ist ein essentiale des Kaufes. Wenn vom römischen Recht dennoch als Leistung des Verkäufers nicht die Uebertragung von Eigenthum, sondern nur die Uebertragung des Besitzes zum habere licere bezeichnet wird, so hat dieß seinen Grund in dem Satz: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Wenn der Verkäufer selbst des rechtlichen Schutzes in der vollständigen Herrschaft über die verkaufte Sache entbehrt, so kann er einen solchen nicht auf den Käufer übertragen, vielmehr kann er denselben nur thatsächlich in den Genuß der unumschränkten Herrschaft einsetzen und hat demselben dafür einzustehen, daß er in dieser Herrschaft von Dritten nicht werde beeinträchtigt werden. Durch die Erfüllung des Kaufvertrages, d. h. durch Uebergabe der Sache an den Käufer als Käufer, überträgt der Verkäufer nothwendig den Eigenthumsbesitz, den juristischen, civilen Besitz der Sache, das Eigenthum selbst nur dann, aber auch stets dann, wenn er selbst Eigenthümer ist, (stets natürlich einen giltigen Kaufvertrag vorausgesetzt).

Dieser Satz steht nun freilich in schroffem Wider-

spruch mit der herrschenden Lehre, welche dahin geht: der Käufer, auch wenn ihm die erkaufte Sache übergeben wird, wird regelmäßig erst dann Eigenthümer, wenn er den Kaufpreis bezahlt hat. Diese Lehre stützt sich namentlich auf folgende Stellen:

§. 41 J. de rerum divisione 2, 1: Venditae res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

l. 19 D. de contr. emt. 18, 1: Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

l. 53 eodem: Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.

Der scheinbare Widerspruch zwischen diesen Gesetzesstellen und dem von uns aufgestellten Satz wird verschwinden, wenn man beachtet einerseits, daß dieser Satz voraussetzt, es sei vom Verkäufer in Erfüllung der ihm obliegenden Leistung dem Käufer als solchem die Sache übergeben worden, andererseits, daß die beiden ersten Stellen ausdrücklich sagen: trotz Nichtbezahlung des Kaufpreises gehe das Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Verkäufer fidem emtoris secutus est, fidem habuit emtori.

Was bedeuten diese Ausdrücke? Doch wohl nichts

Anderes als: „wenn der Verkäufer bei der Uebergabe der Sache sich lediglich auf die Redlichkeit des Käufers verlassen hat." An eine ausdrückliche Uebereinkunft, insbesondere an einen Nebenvertrag, durch welchen der Verkäufer dem Käufer für den Kaufschilling Vorgfrist ertheilt, darf offenbar nicht gedacht werden; hätte der Jurist einen derartigen Vertrag im Auge gehabt, so würde er sich anders ausgedrückt haben, etwa „si in creditum iit."

Die Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer geschieht entweder mit der Absicht, den Eigenthumsbesitz an derselben auf ihn zu übertragen, den Besitz mit dem animus rem sibi habendi, oder ohne diese Absicht, also so, daß der Verkäufer den animus rem sibi habendi nicht aufgibt; ein Drittes ist unmöglich; denn ein Mitbesitz Mehrerer für das Ganze ist juristisch ebenso undenkbar als ein condominium plurium in solidum; durch die Uebergabe der Sache wird der Käufer entweder deren juristischer Besitzer oder nicht; letztern Falls kann die Innehabung, die Detention des Käufers auf Vertrag beruhen (Commodat, Miethe, Depositum), liegt aber ein solcher Vertrag nicht vor, so ist der Besitz ein vollkommen grund- und rechtloser, ein prekärer. So ist denn auch namentlich zu verstehen l. 20 D. de precario, 43, 26: Ea quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

Das Wesentliche des prekären Besitzes ist nicht sowohl die Bitte, in Folge deren er dem Besitzer eingeräumt worden ist, als vielmehr die Abwesenheit eines jeden Vertrags und Rechts, auf welche sich der Besitzer dem Eigenthümer gegenüber berufen könnte, dadurch unterscheiden sich Prekarium und Commodat, deren Aehnlichkeit die römischen Juristen selbst hervorheben; (vgl. l. 1, §. 3, l. 4, §. 4, l. 12 pr. D. de precario).

Das in den oben angeführten l. l. 19 und 53 de contr. emt. aufgestellte Prinzip beruht auf der natürlichen Vermuthung, [2] daß ein Kauf als Baarkauf abgeschlossen sei, daß der Verkäufer seine Sache für gewöhnlich nicht eher aus der Hand geben werde, als er deren Werth oder Sicherheit dafür erhalten habe; dieser natürlichen Vermuthung, dem jus naturale, wie es Justinian nennt, hat das römische Recht Rechnung getragen, indem es die juristische Vermuthung aufstellte, der Verkäufer, welcher die verkaufte Sache vor Empfang des Kaufpreises weggebe, wolle dem Käufer nur einen prekären Besitz einräumen; ganz folgerichtig räumt es sodann dem Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung verzögert („si per emtorem stetit, quominus persolveretur"), zur Wiedererlangung der Sache das interdictum de precario ein. Zwar ist in der l. 20 cit. nicht gesagt, mit welchem Rechtsmittel der Verkäufer die Sache wieder an sich ziehen könne. Allein bei der Stellung des Fragments in dem von den Interdikten handelnden Buch und dem vom Prekarium handelnden Titel kann das Rechtsmittel kein anderes als eben das interdictum de precario sein; mit der actio venditi konnte der Verkäufer die Sache nicht zurückfordern, denn eine vertragsmäßige Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe der Sache besteht in solchen Fällen nicht. — Die Vermuthung für den bloß prekären Besitz des Käufers ist eine bloß prozessualische, sie enthebt den Verkäufer des Beweises, daß er die Sache dem Käufer nur in Detention, in Naturalbesitz gegeben habe, sie läßt aber den Beweis des Käufers zu, daß der Verkäufer fidem emtoris secutus sei, daß er fidem emtori habuerit. Bei freier Beweiswürdignng hat daher der Satz, daß das Eigenthum der erkauften und übergebenen Sache erst mit der Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergehe, eine verhältnißmäßig untergeordnete Bedeutung, zumal wenn es sich um beweg=

[2] Vergl. Thöl, Handelsrecht, §. 69.

liche Sachen handelt, wo die Frage für den Richter sich regelmäßig so stellen wird: Hat nach den Umständen des Falls der Verkäufer sofortige Zahlung erwartet? [3]

Ehe wir uns wieder zu dem hauptsächlich bei sonst unbedingt geschlossenen Verträgen vorkommenden pactum reservati dominii wenden, ist es nothwendig, kurz auf die Grundsätze des römischen Rechts über Besitz- und Eigenthumsübergang bei bedingten Kaufgeschäften einzugehen; als Beispiele solcher mögen die von den römischen Juristen am ausführlichsten behandelten Nebenberedungen der addictio in diem und der lex commissoria dienen.

Bei der addictio in diem unterliegt es keinem Zweifel, daß sie einem Kauf sowohl als Suspensiv- als auch als Resolutivbedingung beigefügt werden kann, wie denn auch die Bestimmung: „wenn nicht innerhalb einer bestimmten Zeit ein Dritter ein höheres Angebot macht," nichts dem Wesen einer Bedingung Widersprechendes enthält. Gewöhnlich wird gelehrt, im Zweifel sei die addictio in diem als Resolutivbedingung anzusehen, in den Quellen findet aber dieser Satz kaum eine Unterstützung. In l. 2, D. h. t. sagt Ulpian einfach, die addictio könne sowohl eine pura emtio, quae sub conditione resolvitur, als auch eine emtio conditionalis sein, und bemerkt dazu: et mihi videtur, verius interesse, quid actum sit. Die l. 2, §. 4, D. pro emtore, auf welche man sich zu berufen pflegt, lautet: „Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat; alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat; quae sententia vera est." Allein diese Stelle beweist nichts, weil sie zu viel beweisen würde. Mit den Worten: „quae sententia vera est" wird die Ansicht des Julianus gebilligt, daß die addictio stets ein unbedingter

[3] Vergl. Thöl, Handelsrecht a. a. O.

Kauf sei, der unter einer Bedingung aufgelöst werde, und auch nach l. 2, §. 1, l. 4, §. 1 u. 2 D. h. t. scheint wirklich Julianus dieser Ansicht gewesen zu sein. Allein die entgegenstehenden Aussprüche in dem ex professo von der addictio in diem handelnden Titel beweisen, daß diese Ansicht nicht recipirt wurde, vielmehr soll in jedem einzelnen Fall die Absicht der Contrahenten untersucht werden. Ein wesentliches Moment für diese Prüfung wird der Besitzstand abgeben; von Demjenigen, welcher eine bedingt erkaufte Sache übernommen hat, ist eher anzunehmen, daß er auch die Gefahr des Untergangs derselben auf sich nehmen wollte, als von Demjenigen, welcher die Sache in den Händen des Verkäufers läßt, bis es sich entscheidet, wem sie künftig gehören soll. — Auch der Umstand, daß der Verkäufer darüber soll entscheiden dürfen, ob das spätere Gebot ein besseres sei, (l. 9 h. t.) beweist noch nicht, daß die addictio in diem im Zweifel als Resolutivbedingung aufzufassen sei. Denn diese Befugniß des Verkäufers erklärt sich aus der Natur der Bedingung als einer regelmäßig im ausschließlichen Interesse des Verkäufers getroffenen Bestimmung.

Wie die addictio in diem, so soll nach der herrschenden Lehre auch die lex commissoria im Zweifel als Resolutivbedingung angesehen werden. Unserer Ansicht nach ist die lex commissoria stets eine Resolutivbedingung und kann eine Suspensivbedingung gar nicht sein. [4] Allerdings haben einzelne römische Juristen eine wirkliche aufschiebende Bedingung angenommen (vgl. l. 2, §. 3 D. pro emtore: Sabinus, si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

---

[4] Hiegegen Seuffert, Pand., IV. Aufl., II. §. 392, S. 353 und Glück, Komment., XIII, S. 274.

Allein die Ansicht des Sabinus wird hier verworfen (sed videamus), und l. 1, D. de lege commissoria, welche sagt: „Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur, — ist nicht von einer Präsumtion für die Resolutivbedingung zu verstehen, sondern die Worte „magis est“ sind zu übersetzen: „es ist nicht sowohl eine Bedingung, als vielmehr eine conventio anzunehmen.“ — Bei einem wirklich bedingten Kauf, einer emtio conditionalis wird die Perfektion des Geschäfts vom ungewissen künftigen Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht; tritt das Ereigniß ein, so ist in diesem Augenblick der Kauf perfekt, tritt es nicht ein, so gilt derselbe als gar nie abgeschlossen. Da sodann eine Bedingung stets zu den außerwesentlichen Bestandtheilen eines Vertrags gehört, so versteht es sich von selbst, daß die Perfektion des Vertrags nicht vom Eintritt eines wesentlichen Bestandtheils desselben abhängig gemacht werden kann. Ein Kauf, welchem die lex commissoria als (Suspensiv)= Bedingung beigefügt werden wollte, würde z. B. lauten: „Ich verkaufe Dir mein Pferd für 100 fl., wenn Du mir (diese) 100 fl. innerhalb 6 Wochen bezahlst.“ Damit wäre die Zahlung des Kaufpreises, ein essentiale des Geschäfts, zur Bedingung seiner Perfektion gemacht; und wie, wenn der Kaufpreis bis zu dem bestimmten Tag nicht bezahlt wird? Dann ist die Bedingung deficirt, der Kauf gilt als nicht geschlossen, ich muß folglich mein Pferd behalten oder zurücknehmen, mit andern Worten: wenn die lex commissoria als Suspensivbedingung einem Kauf beigefügt werden wollte, so wäre die Perfektion des Geschäfts lediglich vom Willen des Käufers abhängig gemacht, die lex commissoria in diesem Sinn stünde vollkommen der Bedingung „si volet debitor“ gleich, eine unter dieser Bedingung eingegangene Verbindlichkeit ist aber nichtig: l. 8, D. de obligationibus; l. 17, l. 108, §. 1 de verbor. obligat. Aus eben diesem

Grund ist auch der Kauf auf Probe, wenn die Perfektion des Geschäfts von der Probe abhängig gemacht wird, in Wahrheit kein Kauf, und wenn dem Käufer die Sache übergeben wird, kann der Verkäufer sie nicht mit der Kaufklage, sondern nur mit einer actio praescriptis verbis oder mit dem interdictum de precario zurückfordern; l. 17, §. 4; l. 20 pr. §. 1 D. de praescr. verbis act. [5]

Wird einem Kaufvertrag die lex commissoria beigefügt, so ist die Absicht stets die, dem Verkäufer eine Sicherheit für die Bezahlung zu gewähren, nicht aber, dem Käufer die Wahl zu lassen, ob er bezahlen oder nicht bezahlen, kaufen oder nicht kaufen wolle, die lex commissoria kann also stets nur als Resolutivbedingung aufgefaßt werden.

Wir haben oben bemerkt, daß bei der addictio in diem die verkaufte Sache ebensowohl in den Händen des Verkäufers bleiben, als dem Käufer übergeben werden könne, und daß der Besitzstand im Zweifel für die Annahme einer Resolutiv- oder einer Suspensiv-Bedingung maßgebend sein werde; nur im Zweifel: es ist vollkommen denkbar, daß die Contrahenten ausdrücklich der addictio die Bedeutung einer Suspensiv-Bedingung beilegen und der Verkäufer dennoch die Sache dem Käufer übergibt; allein in diesem Fall geht auf den Käufer nicht der juristische Besitz, die possessio civilis, sondern nur die Detention der Sache über. Der Käufer kann die Sache weder usucapiren, noch wird er Eigenthümer der Früchte. Vergl. l. 4, D. de in diem addict. [6] Daß hier der Käufer als Inhaber der Sache gedacht sei, bedarf wohl keines Beweises, denn daß, wenn bei einem bedingten Kauf der Verkäufer die Sache in Händen behält, der Käufer Usucapionsbesitz erlange oder Eigen-

[5] Thöl, Handelsrecht, §. 71.

[6] Ubi autem conditionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum (sc. emtorem) posse, nec fructus ad eum pertinere.

thümer der separirten Früchte werde, dieß zu behaupten konnte keinem römischen Juristen einfallen. Die Bestimmung, daß bei bedingtem Kauf der Käufer nicht Eigenthümer der Früchte werde, ist der schlagendste Beweis dafür, daß er keinen juristischen civilen Besitz der Sache erlangt; der gutgläubige Besitzer wird nach richtiger Ansicht durch die Separation Eigenthümer der Früchte; von einer mala fides des Käufers, welcher einen bedingten Kauf geschlossen und dem die Sache einstweilen ausgefolgt worden ist, kann selbstverständlich nicht die Rede sein. Der Grund, aus welchem er das Eigenthum der Früchte nicht erlangt, muß also in der Art seines Besitzes liegen, er wird nicht Eigenthümer, weil er die Sache nicht mit dem animus rem sibi habendi inne hat. Wenn eine Sache lege commissoria verkauft, wenn bedungen worden ist, daß bei nicht rechtzeitig erfolgter Zahlung der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden solle, so ist es an sich auch denkbar, daß der Verkäufer bis zum Ablauf der Frist im juristischen Besitz der Sache bleibt. Die sämmtlichen Fragmente des Pandektentitels de lege commissoria setzen aber voraus, daß die verkaufte Sache dem Käufer übergeben sei. Denn überall ist davon die Rede, daß derselbe die Früchte der Sache genieße, und ist ausgesprochen, daß der Verkäufer sofort nach fruchtlosem Ablauf der Zahlungszeit den Kaufpreis einklagen könne, während, wenn der Verkäufer als Besitzer gedacht würde, bei der präzisen Ausdrucksweise der römischen Juristen der Hinweis darauf schwerlich unterlassen wäre, daß der Verkäufer, ehe er den Kaufpreis einklage, dem Käufer die Sache anbieten müsse. Insbesondere ist, da die lex commissoria nur im Interesse des Verkäufers dem Vertrag beigefügt wird, die Bestimmung der l. 4, §. 2 de lege comm.: „statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam vedit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegerit, postea variare“ nur unter der Voraussetzung erklärlich, daß der Käufer

im Besitz der Sache ist. Es soll durch diese Bestimmung einem chikanösen Verfahren des Verkäufers vorgebeugt werden. Zu diesem Zweck wird eine ausdrückliche Erklärung desselben verlangt, ob er die Sache oder den Kaufpreis wolle, und wenn er diese Erklärung verzögert, so gilt dieß als ein Verzicht auf die lex commissoria, er darf dann nur noch den Kaufpreis fordern. Wird dagegen der Verkäufer als Besitzer gedacht, so wäre umgekehrt eine Chikane desselben vielmehr darin zu finden, wenn er, nachdem der Käufer durch Versäumung der Zahlungsfrist zu erkennen gegeben hat, daß ihm an der Sache nichts liege, nach Jahr und Tag noch hergehen, dem Käufer die Sache anbieten und den Kaufpreis fordern dürfte. — Der Besitz dessen, der sub lege commissoria gekauft hat, ist ein wirklicher Eigenthumsbesitz, er kann die Sache usucapiren, er wird Eigenthümer der Früchte, (l. 2, §. 4 proemtore) er kann, wenn ihm die Sache abhanden kommt, gegen Dritte die rei vindicatio, bezw. die actio Publiciana anstellen. Es ist dieß eine Konsequenz der oben erörterten für den unbedingten Kauf geltenden Sätze: die Vermuthung, daß der Verkäufer das Eigenthum, bezw. den Eigenthumsbesitz an der Sache vor Empfang des Kaufpreises nicht aufgeben wolle, fällt weg, weil demselben durch die lex commissoria für den Kaufpreis Sicherheit gewährt ist.

Fassen wir die Bestimmungen des römischen Rechts kurz zusammen: beim unbedingten Kauf ist der Besitz des Käufers vor erfolgter Zahlung des Kaufpreises im Zweifel ein prekärer, Eigenthumsbesitz ist er nur, wenn aus den Umständen geschlossen werden muß, daß der Verkäufer denselben aufgeben und auf den Käufer übertragen wollte; beim Kauf unter suspensiver Bedingung ist vor deren Eintritt der Besitz des Käufers stets ein prekärer, durch den Eintritt der Bedingung wird er, da jetzt erst die causa possessionis existent wird, zum Eigenthumsbesitz; beim Kauf mit resolutiver Bedingung erlangt der Käufer

Eigenthumsbesitz, welcher beim Eintritt der Bedingung, da die justa causa wegfällt, zu prekärem Besitz wird. Dabei ist die oben gemachte Bemerkung zu wiederholen: der Eigenthumsbesitz des Käufers fällt mit dem Eigenthum selbst zusammen, wofern der Verkäufer Eigenthümer war.

Sehen wir nun, wie sich zu diesen Grundsätzen des römischen Rechts das von der neueren Wissenschaft und Praxis konstruirte pactum reservati dominii verhält. Daß das pactum eine Art von Bedingung sei (wenn auch, wie Sintenis sagt, „ein Anomalon von Bedingung,") ist ziemlich allgemein anerkannt, jedoch bezeichnet es Vangerow als eine „früherhin nicht ungewöhnliche, auch noch im Ganzen von Schweppe vertheidigte Meinung," daß durch dasselbe nur eine spezielle Hypothek begründet werde. Vangerow selbst verwirft aber diese Meinung, da sie „mit den Worten in grellem Widerspruch" stehe. Ein solcher Widerspruch mit den Worten ist bei dieser Ansicht allerdings vorhanden, und wenn es nur auf Worte ankäme und nicht auf den juristischen Sinn der Rechtsgeschäfte, so müßte man unbedingt auch der weitern Behauptung Vangerow's beistimmen, daß das pactum im Zweifel als Suspensivbedingung anzusehen sei. Denn der Ausdruck „reservati" spricht unzweideutig dafür, daß der Weggebende etwas zurückbehalten, die ganze mögliche Wirkung der Hingabe somit aufhalten, verhindern wolle. — Nun unterliegt es zwar nach gemeinem Recht keinem Anstand, daß der Verkäufer, wenn er dem Käufer die Sache zum habere licere, d. h. in den juristischen Besitz übergibt, durch bloßen Vertrag-Vorbehalt nicht blos Servituten, sondern auch das Pfandrecht an der weggegebenen Sache erwerben kann, ja es ist, damit diese Erwerbung giltig sei, absolut nothwendig, daß der Verkäufer den Eigenthumsbesitz, bezw. das Eigenthumsrecht an der Sache aufgibt. Denn an der eigenen Sache kann er sich weder Servitut noch Pfandrecht bestellen lassen. Wie soll man sich nun aber den Vorbehalt des Eigenthums denken? insbesondere

dann, wenn der Verkäufer selbst nur putativer Eigenthümer, d. h. gutgläubiger Besitzer war? Analog dem Vorbehalt des Pfandrechts kann der Vorbehalt des Eigenthums offenbar nicht gedacht werden. Denn der Verkäufer kann doch nicht das, was er weggibt (und dieß ist bei putativem Eigenthum Alles, was er hat), den Besitz mit dem animus domini zurückbehalten! Es läßt sich also der Eigenthumsvorbehalt nur so denken, daß der Verkäufer den juristischen Besitz der Sache nicht übertragen will, da er die Sache dem Käufer nur einstweilen precario übergibt. Dann bedarf es aber gar keines Vorbehalts. Denn wir haben ja gesehen, daß bei Uebergabe der verkauften Sache vor Bezahlung des Kaufpreises eine gesetzliche Vermuthung für titellosen, prekären Besitz, possessio naturalis des Käufers besteht.

Dem widerspricht allerdings die Aufstellung Vangerow's: „es macht noch immer einen sehr wesentlichen Unterschied, ob man ohne Kredit und ohne reservatio dominii, oder ob man mit beiden Nebenverträgen kontrahirte;" und dieser Unterschied wird damit begründet, daß „der wesentliche Inhalt des Kreditvertrags nur darin bestehe, daß der Verkäufer verspricht, er wolle den Kaufpreis, den er streng-rechtlich sogleich fordern könnte, jetzt noch nicht eintreiben;" der Eigenthumserwerb des Käufers sei nur eine stillschweigende Folge hievon, welche eben durch das pactum reservati dominii ausgeschlossen werde. — Gewiß ist der Eigenthumserwerb des Käufers eine stillschweigende Folge des Kreditvertrags, denn er ist die nothwendige Folge desselben: auf Kredit verkaufen ist gleichbedeutend mit fidem emtoris sequi, der Verkäufer geht, anstatt ein Handeln Zug um Zug zu verlangen, mit seiner Leistung voraus, er übergibt seine Sache dem Käufer zu freier Verfügung und beruhigt sich dabei, daß dieser ein ehrlicher Mann sei und den Kaufpreis sicher bezahlen werde. Dieses Vertrauen, dieses fidem habere ist das wesentliche Merkmal des Kreditvertrags und nicht die Fest-

stellung eines spätern Zahlungstages; die Festsetzung einer Zahlungsfrist, insbesondere einer langen Zahlungsfrist ist allerdings ein starkes Indicium dafür, daß auf Kredit verkauft sei, allein unbedingt läßt sich daraus kein Kreditkauf folgern, die Stipulirung eines Zahlungstages kann unter Umständen auch blos den Zweck haben, den Käufer, welcher nicht rechtzeitig zahlt, in Verzug zu setzen und zur Verzinsung des Kaufpreises zu nöthigen; so namentlich im kaufmännischen Verkehr, für welchen die Regel des römischen Rechts, daß der Käufer vom Augenblick des Empfangs der Sache an den Kaufpreis verzinsen müsse, in unserer Zeit auf unbedingte Geltung keinen Anspruch wird machen können. [7]

Bezeichnet Vangerow den Eigenthumserwerb des Käufers als eine nur stillschweigende Folge des Abschlusses eines Kreditvertrags, so folgert er umgekehrt, wenn nicht auf Kredit verkauft, d. h. in seinem Sinn, wenn kein Zahlungstag bestimmt ist, aus dem ausgesprochenen Eigenthumsvorbehalt den „Abschluß eines stillschweigenden Kreditvertrags," da in der Reservirung des Eigenthums sich offenbar die Absicht des Verkäufers ausspreche, nicht auf alsbaldiger Zahlung des Kaufpreises bestehen zu wollen. Es soll hiedurch der Einwand beseitigt werden, daß bei einem Kauf nicht auf Kredit der Eigenthumsvorbehalt etwas ganz Ueberflüssiges sei; allein die Konstruktion eines stillschweigend abgeschlossenen Kreditvertrags erscheint uns denn doch verunglückt, zumal von Vangerow's Standpunkt aus, welcher die Statuirung einer Zahlungsfrist für das Wesentliche des Kreditvertrags erklärt. Wo nicht auf Kredit verkauft und doch das Eigenthum vorbehalten wird,

---

[7] Gegen Vangerow's Begriffsbestimmung des Kreditvertrags ist noch weiter zu erinnern, daß der Verkäufer „streng-rechtlich" den Kaufpreis nicht eher fordern darf, als er seinerseits geleistet, d. h. die verkaufte Sache dem Käufer zum habere licere übergeben hat.

beweist dieser Vorbehalt nur das Mißtrauen des Verkäufers in den Kredit, in die Zahlungsfähigkeit des Käufers, er gibt die Sache hin, obgleich der Käufer ihn augenblicklich nicht bezahlen kann, er hofft zwar später Zahlung zu erhalten und hat wohl gewöhnlich die Absicht, so bald als möglich zu derselben zu gelangen, allein eben weil er die Hoffnung für trügerisch hält, sucht er sich durch den Eigenthumsvorbehalt zu sichern.

Wird gegen die Lehre, daß das pactum res. dom. eine Suspensiv-Bedingung sei, mit Recht eingewendet, daß dasselbe Angesichts der Bestimmung, daß das Eigenthum vor Bezahlung des Kaufpreises nicht übergehe, wenigstens dann überflüssig sei, wenn keine Zahlungsfrist bedungen wurde, so erscheint umgekehrt das pactum als Resolutiv-Bedingung überflüssig da, wo ein Zahlungstag festgesetzt ist. Denn in diesem Fall fällt es vollständig mit der lex commissoria zusammen, welche, wie wir oben gesehen haben, niemals etwas Anderes ist als der Vertrag, wonach bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises der Kauf wieder aufgehoben sein soll. — Für den Eigenthumsvorbehalt als besonderen Nebenvertrag wäre also nur Raum, wenn keine Zahlungsfrist festgesetzt ist, und so wird denn auch von Müller[8] das Wesen des „eigentlichen" (S. 265) p. r. s. dahin bestimmt:

„Es ist derjenige Nebenvertrag, durch welchen der Veräußerer die Dauer der Wirksamkeit seiner Uebertragung von dem Eintreten der Gegenleistung in der Art abhängig macht, daß mit dem Eintreten der Insolvenz und der dadurch unmöglich gewordenen Gegenleistung von Seiten des Empfängers die Tradition im Zweifel als nicht geschehen betrachtet werden soll."

Mit den Worten „im Zweifel" will Müller nicht andeuten, daß das pactum reservati dominii auch als Suspensivbedingung vorkommen könne. Diese Annahme

---

[8] Im civil. Archiv, Bd. VI, S. 260.

verwirft er, namentlich aus dem praktischen Grund, daß der Verkäufer, welcher die Sache aus der Hand gebe, schwerlich je gesonnen sein werde, die Gefahr des zufälligen Untergangs zu übernehmen. Vielmehr soll damit gesagt sein (S. 263), daß das pactum auch blos den Sinn haben könne, daß der Verkäufer sich ein blos persönliches Recht auf Rückerwerb ausbedingen wolle (analog dem pactum protimiseos).

Einen Verstoß gegen die Gesetze des juristischen Denkens enthält die Müller'sche Begriffsbestimmung nicht. In abstracto läßt sich recht wohl der Kaufvertrag konstruiren, bei welchem bedungen wird, im Fall der Insolvenz des Käufers solle der Vertrag rückwärts aufgelöst werden, das Eigenthum an den Verkäufer zurückfallen. Auch hat Müller vollkommen Recht, wenn er den Unterschied zwischen pactum reservati dominii und lex commissoria darin findet, daß bei letzterer eine bestimmte Zahlungszeit festgesetzt sei, bei ersterem nicht, nnd nicht recht verständlich ist der Einwand Vangerow's, der von Müller angegebene Unterschied zwischen beiden lasse sich aus unsern Gesetzen nicht erweisen. Sofern, wie wir Eingangs bemerkt haben, das römische Recht das pactum reservati dominii überhaupt nicht kannte, ist es freilich unmöglich, aus unsern Gesetzen jenen Unterschied nachzuweisen. Denn andere Gesetze als das römische Recht haben wir in dieser Beziehung nicht. Dagegen ist bei sämmtlichen von der lex commissoria handelnden Stellen des römischen Rechts vorausgesetzt, daß ein Erfüllungstag stipulirt sei; man vergleiche namentlich den ganzen Titel der Digesten de lege commissoria.

Allein dem ungeachtet wiederholen wir, was wir am Eingang gesagt haben: das p. r. s. ist ein juristisches Unding, wenn sein Inhalt ein anderer sein soll, als er unter andern Namen im römischen Recht vorkommt, und zwar vom Standpunkt des praktischen Lebens aus. — Vom Standpunkt seiner Theorie aus ist Müller vollkommen

konsequent, wenn er (a. a. O. §. 10) erklärt: im Fall des Eintritts der Resolutiv-Bedingung, d. h. wenn der Käufer insolvent werde, stehe dem Verkäufer gegenüber der Konkursmasse ein unbedingtes Absonderungsrecht zu, die Masse könne der Zurückgabe nicht dadurch sich entziehen, daß sie dem Verkäufer den vollständigen Kaufpreis anbiete. Das pactum res. dom. und die lex commissoria sind ja ihrem Wesen nach vollständig gleichartig, und wie der Käufer selbst commissa lege durch Anbieten des Kaufpreises die Sache sich nicht erhalten kann, ebensowenig wird diese Befugniß der Konkursmasse desselben zustehen.

Auch eine weitere Konsequenz hat Müller (§. 11) ganz richtig gezogen. Die dinglichen Rechte, welche der Käufer der Sache während der Dauer seines Eigenthums auferlegt hat, läßt er nach dem Grundsatz: resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis mit dem Eintritt der Bedingung hinfällig werden, wofern der Verkäufer von dem Rückfallsrecht Gebrauch macht. Allein nicht zu rechtfertigen, wohl aber zu begreifen ist es, warum Müller und andere Verfechter des pactum reservati dominii auf die hier sich von selbst aufdrängende letzte und wichtigste Konsequenz nicht eingehen, nämlich auf die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Käufer die Sache weiter veräußert und hernach der Fall des Vorbehalts praktisch wird, die Suspensivbedingung defizirt oder die Resolutivbedingung eintritt. — Die Anwendung der allgemein anerkannten Rechtsregeln würde hier zu dem Ergebniß führen: der Verkäufer darf, wenn der Fall des Vorbehalts, also namentlich die Insolvenz des Käufers eintritt, die Sache dem Dritten, welcher sie vom Käufer erworben hat, abfordern und dieser Dritte kann sich nicht einmal dadurch schützen, daß er dem Verkäufer den Kaufpreis anbietet; der Verkäufer ist in dem Augenblick der konstatirten Insolvenz des Käufers von selbst wieder Eigenthümer der verkauften Sache geworden und es besteht überall keine Verpflichtung für ihn, dieselbe für den zwischen ihm

und dem Käufer früher verabredeten Preis einem Dritten zu überlassen.

Vor dieser Konsequenz scheuen denn freilich die meisten Schriftsteller zurück; entweder erwähnen sie dieselbe nicht wie Müller, oder verläugnen sie dieselbe, wie Sintenis, welcher erklärt, „daß die Zahlung in allen Fällen die Vindikation ausschließt, auch noch im Konkurs des Käufers, und von Seiten Dritter, denn nur jene sollte die ganze Bedingung sichern." Mit dem Wesen einer Bedingung ist dieß freilich nicht vereinbar, und es kann sich Sintenis darauf berufen, daß er, wie oben bemerkt, in dem pactum res. dom. ein „Anomalon von Bedingung" erblickt. Ein Anomalon möchten wir aber vielmehr die ganze Auffassung von Sintenis nennen. An die Spitze stellt er den Satz:

„Die Folge des Eigenthumsübergangs durch die Uebergabe kann an aufschiebende Bedingungen wie an einen Anfangstermin geknüpft werden; eine besondere, durch die Praxis ausgebildete Form ist der Nebenvertrag des Vorbehalts des Eigenthums bei den auf dessen Uebertragung berechneten Vertragsgeschäften bis zu dem beabredeten Ereigniß, welcher jedoch auch so gefaßt werden kann, daß dadurch die Wirkung der Uebergabe nicht ausbleibt, sondern ein Rückfall des Eigenthums bezweckt wird, also eine auflösende Bedingung gestellt ist. . . . Eine besondere Gestalt nimmt dieser Nebenvertrag beim Kaufskontrakt an." Beim Kauf soll das pactum res. dom. seinen Namen entsprechend zwar im Allgemeinen als Suspensiv-Bedingung gelten; sofern aber dem Käufer bis zum Eintritt des bedingenden Ereignisses das Recht der Vindikation zustehen, auch die Gefahr von ihm getragen werden soll, „ist in diesen Punkten das Verhältniß so, wie wenn die schwebende Bedingung eine resolutive wäre. . . . Ich glaube (in dem Eigenthumsvorbehalt) theils eine reine, theils eine modifizirte Suspensiv-Bedingung erkennen zu müssen."

Die Modifikation ist aber die, daß die Suspensiv-Bedingung zugleich Resolutiv-Bedingung sein soll, und daß dieß ein Unding ist, bedarf wohl keiner weitern Ausführung; bei der Suspensiv-Bedingung verbleiben juristischer Besitz, Eigenthum und Vindikationsrecht beim Verkäufer, bei der Resolutivbedingung gehen sie auf den Käufer über, ein Vertrag, welcher gleichzeitig suspensiv und resolutiv wirken soll, würde diese Rechte in solidum sowohl dem Käufer als dem Verkäufer einräumen, was unmöglich ist.

Daß gerade ein praktischer Jurist zu solchen Resultaten gelangt, ist übrigens für die ganze Lehre von dem pactum reservati dominii bezeichnend. Dasselbe ist, wie Sintenis sagt, eine Schöpfung der Praxis, und wir werden kaum fehl gehen, wenn wir annehmen, daß die Praxis zu dieser Schöpfung durch den mangelhaften Zustand des gemeinrechtlichen Pfandrechts getrieben wurde. Sicherung der Zahlung ist, wie Sintenis mit Recht bemerkt, Zweck der ganzen Bedingung; [9] da aber diese Sicherung durch Vorbehalt des Pfandrechts faktisch nicht immer erreicht werden konnte, so verfiel man darauf, neben dem Uebergang der Herrschaft über die Sache, des Besitzes mit dem animus rem sibi habendi einen Vorbehalt des Eigenthums zu statuiren; Müller a. a. O. will sogar pactum reservati dominii und pactum reservatae hypothecae neben einander zulassen!

Der Begriff der Hypothek bringt es mit sich, daß der Gläubiger, bezw. um bei unserm Fall zu bleiben, der Verkäufer, welcher sich das Pfandrecht vorbehalten hat, behufs seiner Befriedigung sich an die Sache halten kann, auch wenn sie vom Käufer in andere Hände übergegangen ist; ebenso aber liegt es in der Natur der Sache,

---

[9] Sicherung von Forderungen ist überhaupt der Zweck des Pfandrechts; eine andere Art von dinglicher Sicherung einer Forderung ist prinzipiell unmöglich.

daß der jeweilige Inhaber des verpfändeten Objekts sich in dessen Besitz erhalten kann, wenn er den Pfandgläubiger um seine Forderung befriedigt; darin besteht ja das Wesen des Pfandrechts: der Gläubiger darf sich durch die Sache (resp. deren Veräußerung) bezahlt machen, wenn er für seinen an sich nur persönlichen Anspruch nicht befriedigt wird; wir haben hier die Form einer Bedingung, allein nur die Form, nicht das Wesen, denn diese Bedingung ist eine conditio juris. Ganz anders verhält es sich mit der lex commissoria, welche einem Kaufvertrag beigefügt wird. Diese ist ein zufälliger Nebenvertrag; wenn er weggelassen wird, so haben wir einen vollkommen giltigen Kaufvertrag vor uns; was aber sollte man zu folgendem Vertrag sagen: A. verkauft sein Haus an B., B. räumt aber dem A. das Recht ein, das Haus zu verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen? oder vollends zu dem Kauf, bei welchem dem A. das Recht eingeräumt wird, das Grundstück behufs seiner Befriedigung an sich zu ziehen? Es wäre dieß die reine contradictio in adjecto. A. überträgt die Herrschaft über die Sache auf B., behält sich aber das wesentlichste Moment der Herrschaft, die Veräußerungsbefugniß, oder gar die Herrschaft selbst bevor.

Diese contradictio in adjecto enthält aber der Eigenthumsvorbehalt, das pactum reservati dominii in der Gestalt in welcher es im Leben auftritt; die Theorie lehrt allerdings, die Verwirklichung des Vorbehalts sei an ein „bedingendes Ereigniß" geknüpft; Müller nennt dieses bedingende Ereigniß schlechtweg die Insolvenz des Käufers, Sintenis scheut sich, dieses bedenkliche Wort auszusprechen, allein wir vermögen uns unter seinem bedingenden Ereigniß kaum etwas anderes als die Zahlungsunfähigkeit des Käufers vorzustellen. Als vollkommen berechtigt müssen wir freilich die Scheu vor dem bedenklichen Wort anerkennen. Denn die Bedingung: „wenn ich gantmäßig werde," ist von einer conditio turpis sehr wenig

verschieden, und eben darum wird bei dem „gemeinrechtlichen" pactum reservati dominii die Bedingung regelmäßig gar nicht ausgesprochen, sondern bloß subintelligirt. Eine solche stillschweigende Bedingung anzunehmen, ist aber um so bedenklicher, wenn man sich die Folgen ihres Eintritts vergegenwärtigt. Man denke nur, daß der Käufer, welchem gegenüber der Verkäufer sich das Eigenthum vorbehalten hat, die Sache weiter veräußert, er übergibt sie seinem Käufer zum habere licere mit Gewährleistung für Eviktion. Der neue Käufer meliorirt die Sache, erbaut z. B. auf einem schlechten Grundstück ein werthvolles Haus; nun tritt der Fall des Eigenthumsvorbehalts ein, d. h. der erste Käufer wird insolvent. Nach der Konsequenz der Theorie vom Eigenthumsvorbehalt wäre der zweite Käufer, dem das Grundstück und das dazu gehörige Haus mit der Eigenthumsklage abgefordert worden, auf das jus tollendi oder ein fast ebenso mageres Retentionsrecht wegen Impensen und auf einen bei der Gantmäßigkeit seines Vormanns regelmäßig erfolglosen Eviktionsanspruch beschränkt. Denn durch Bezahlung der Forderung des ersten Verkäufers kann er sich nach dem oben Ausgeführten den Besitz der Sache nicht erhalten.

Wir werden allerdings mit Sintenis annehmen dürfen, daß die Praxis, auch wo sie das pactum reservati dominii anerkennt, diese Konsequenzen nicht zieht, sondern thatsächlich sich darauf beschränkt, demselben die Wirkung eines vorbehaltenen Pfandrechts beizulegen, welches allen späteren, insbesondere auch den privilegirten Pfandrechten vorgeht, [10] und diese Annahme erscheint um so gerechtfertigter, als Theorie und Praxis die Wirkungen des pactum res. dom. bei beweglichen Dingen in einer für das pactum bedenklichen Weise abschwächen; so z. B. be-

---

[10] Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. X, Nr. 237, Bd. XXI, Nr. 25.

merkt Holzschuher,[11] „die clausula reservati dominii kann jedoch keine rechtliche Wirkung haben, wenn sie mit der Natur des Geschäfts im Widerspruch steht; z. B.: A. verkauft ein Handelsgeschäft mit Waarenvorräthen mit Vorbehalt des Eigenthums, bis der Käufer die vertragsmäßig acceptirten Tratten eingelöst haben würde." Dieser Vorbehalt soll ungiltig sein, weil es „Zweck des Waarenlagers" sei, veräußert zu werden. In gleichem Sinn spricht sich eine Entscheidung des Oberapp.-Gerichts zu Dresden aus:[12] In solchen Fällen sei der Eigenthumsvorbehalt „facto contrarium" und darum als nicht geschehen zu betrachten, und das O.A.Gericht zu Lübeck[13] will die Annahme eines Eigenthumsvorbehalts ausgeschlossen wissen, wenn der Käufer ein Wechselaccept ausgestellt hat. Solche Entscheidungen beweisen am besten, wie unnöthig die Konstruktion eines dem römischen Recht fremden pactum reservati dominii ist. In dieser Richtung über das römische Recht hinauszugehen ist heutzutage um so überflüssiger, als im größten Theil Deutschlands die Hauptmängel des römischen Pfandrechts, insbes. die privilegirten Pfandrechte beseitigt sind.

Wir haben nun noch kurz auf die andern Verträge einzugehen, bei welchen das pactum reservati dominii soll vorkommen können. Hinsichtlich dieser bemerkt Sintenis a. a. O.: „Während beim Kauf der Zweck (sc. des pactum) sicherster Annahme nach ein besonderer und eigenthümlicher ist, ist er bei der Schenkung offenbar ein ganz verschiedener. Hieraus ziehe ich den Schluß, daß das p. r. d. einer verschiedenen Beurtheilung bei onerosen Geschäften, von denen ich mir jedoch in Verbindung damit außer dem Kauf nur einige Gestaltungen ungenannter Kontrakte, welche

[11] Theorie und Casuistik, II, S. 190.
[12] Seuffert, Archiv, Bd. I, Nr. 319.
[13] Seuffert, Bd. XV, Nr. 201.

aber hierin ganz die Natur jenes haben würden, denken kann, und bei lukrativen Geschäften, wie Schenkung, Bestellung zur Mitgift, zu unterwerfen ist. Bei diesen letztern kann ich dem Sinn wie den Worten nach in dem Vorbehalt des Eigenthums bis zu einem gewissen Ereigniß, nur eine reine Suspensiv-Bedingung finden, so daß der Empfänger noch gar kein Recht erwerben soll."

Letztere Bemerkung ist gewiß richtig, aber eben weil sie richtig ist, kann von einem einer Schenkung beigefügten pactum res. dom. überhaupt keine Rede sein. Wird einem Kaufvertrag die Clausel beigefügt: „Das Eigenthum behält sich der Verkäufer vor," so ist dieß ebenso verständlich wie der Beisatz: „Das Pfandrecht wird sich vorbehalten." Im einen wie im andern Fall wird der Leser sofort ergänzen: „bis zur Bezahlung des Kaufpreises." Was aber sollte man von einem Schenkungsvertrag denken, welcher lauten würde: A. schenkt dem B. sein Pferd, behält sich aber das Eigenthum vor? Soll ein sog. Eigenthumsvorbehalt bei der Schenkung irgend einen Sinn haben, so muß ein Zeitpunkt oder ein Ereigniß bezeichnet werden, bis zu welchem der Vorbehalt wirksam sein soll; allein der Vertrag: „ich schenke Dir mein Pferd, ich behalte mir aber das Eigenthum vier Wochen lang vor," heißt offenbar nichts anderes als: „ich verspreche Dir in vier Wochen mein Pferd zu schenken;" und das Versprechen: „ich schenke Dir mein Landgut, behalte mir aber das Eigenthum vor für den Fall, daß mir ein Sohn geboren wird," ist gleichbedeutend mit dem bedingten Versprechen: „ich schenke Dir mein Landgut, wenn mir kein Sohn geboren wird;" der Eigenthumsvorbehalt ist im einen wie im andern Fall total überflüssig; es liegt einfach im ersten Fall eine betagte, im zweiten eine bedingte Schenkung vor, bei welcher sich der Aufschub des Eigenthumsübergangs von selbst versteht.

Was sodann die onerosen Verträge angeht, so kann

man sich allerdings „in Verbindung mit dem p. r. d. nur einige Gestaltungen ungenannter Kontrakte" denken, nämlich Verträge von der Form do ut des oder do ut facias. Nach römischem Recht ist mit solchen Verträgen ein Eigenthumsvorbehalt absolut unverträglich. Der Tausch z. B. wurde erst dadurch klagbar, daß der eine Kontrahent mit der in einem nudum pactum, einem nicht klagbaren Vertrag zugesagten Leistung mit dem dare, mit dem Zu-Eigenthum-Hingeben voranging; mit diesem dare, mit der Weggabe des Eigenthums ist natürlich ein Vorbehalt des Eigenthums unvereinbar, und deßhalb steht, wenn der andere Kontrahent die Erfüllung verweigert, dem ersteren, wenn er von dem Reuerecht Gebrauch machen will, nicht eine vindicatio, sondern nur eine condictio zu. Während durch die Bestimmung, daß erst durch die Leistung von der einen Seite das nudum pactum klagbar werde, die Innominatkontrakte des römischen Rechts sich sehr den Realkontrakten näherten, sind diese Verträge nach heutigem gemeinen Recht vollkommene Consensualkontrakte. Der Tausch steht in dieser Beziehung, insbesondere was den Uebergang der Gefahr betrifft, dem Kauf gleich, für das Reuerecht, die persönliche Klage, die condictio, ist kein Raum mehr. Soll der Rückfall der zuerst hingegebenen Sache bewirkt werden, so ist heutzutage das einzige Mittel hiezu die lex commissoria, die Bestimmung: der Tausch solle als nicht abgeschlossen betrachtet werden, wenn der eine Kontrahent zu einer bestimmten Zeit mit seiner Gegenleistung im Rückstand sei. Im römischen Rechtsleben kam die lex commissoria beim Tausch wohl nie vor, weil ihr Zweck durch die vom Gesetz eingeräumte condictio erreicht wurde; aber auch in unserm Rechtsleben wird einem Tausch die lex commissoria nicht leicht beigefügt werden zufolge der Natur des Tauschvertrags, welcher mehr oder weniger im Handeln Zug um Zug voraussetzt, schon darum, weil bei verzögerter Gegenleistung das Interesse des ersterfüllenden Kontrahenten nicht so einfach wie beim

Kauf durch Verzinsung derselben sichergestellt werden kann. Dieß gilt natürlich für das pactum reservati dominii, d. h. die lex commissoria ohne Erfüllungstag, welche beim Tausch wie beim Kauf in abstracto möglich ist, in erhöhtem Maße, daneben treffen aber bei dem dem Tausch beigefügten Eigenthumsvorbehalt auch alle die andern beim Kauf berührten Bedenken in gleichem Maße zu. Wir dürfen also auch beim Tausch und allen ähnlichen Innominat-Contracten das pactum res. dom. als eine mißglückte Schöpfung neuerer Theorie und Praxis bezeichnen.

Das Resultat unserer Erörterung haben wir für das gemeine Recht dahin zusammenzufassen: Bei lucrativen Geschäften ist für den Eigenthumsvorbehalt überhaupt keine Stelle; bei onerosen Geschäften erscheint er, als Suspensivbedingung aufgefaßt, als etwas Widersinniges, als Resolutivbedingung kann ihm, wenn er sich nicht mit den Anforderungen des Lebens und Verkehrs in schreienden Widerspruch setzen will, nur die Bedeutung eines den gemeinrechtlichen privilegirten Hypotheken vorgehenden Pfandrechtsvorbehalts zukommen. Soweit an Mobilien, insbes. an Sachgesammtheiten ein Pfandrecht nicht oder nur mit beschränkter Wirkung bestellt werden kann,[14] soweit ist auch ein Eigenthumsvorbehalt an solchen ausgeschlossen.

Sehen wir nun, wie sich zu diesem Ergebniß das württembergische Recht verhält; zunächst sollen die Ansprüche zusammengestellt werden, welche unsere Gesetze darüber enthalten; es sind folgende:

1) Pfandgesetz Art. 45. „In dem hievor erwähnten Fall (Pfandrechtstitel der eingewiesenen Gläubiger) wie in Fällen des freiwilligen Verkaufs begründet der einzig die Sicherstellung der Contractsforderung bezweckende Rechtsvorbehalt auf der veräußerten Sache, mag er als Eigenthums- oder als Unterpfandsvorbehalt bezeichnet sein, nur

[14] Vgl. **Wächter**, Erörterungen Bd. I, §. 5.

einen Pfandrechtstitel, mithin nur in Folge der Eintragung in das Unterpfandsbuch ein wirkliches Unterpfandsrecht.

Dagegen kann durch einen Vorbehalt ein wahres Eigenthumsrecht alsdann erhalten werden, wenn durch denselben nach der unzweifelhaften Absicht der Contrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll oder wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint."

Kürzer war die betreffende Bestimmung im Entwurf des Gesetzes gefaßt:

§. 46. „Ein Eigenthumsvorbehalt zu mehrerer Sicherstellung der angeborgten Kaufschillings-Forderung ist in dem §. 45 erwähnten Fall (der angewiesenen Gläubiger), sowie in den Fällen des freiwilligen Verkaufes nicht zulässig."

2) Pfandgesetz Art. 259: „Ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzulässig;" und in Verbindung hiemit

3) Pfand-Entw.-Gesetz Art. 16. „Wird eine bewegliche Sache verkauft, so geht durch deren Uebergabe an den Käufer das Eigenthum auf diesen über, auch wenn die baare Bezahlung des Kaufschillings bedungen worden, und solche nicht erfolgt ist.

Ein Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf der verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist auch in diesem Fall unzulässig (vgl. Pf.-Ges. Art. 259).

Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß, wenn nicht der Kaufschilling angeborgt worden, das Eigenthum nur durch dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe, ist in Beziehung auf bewegliche Dinge aufgehoben."

Eine dem Art. 259 des Pfandgesetzes entsprechende Bestimmung fehlte in dem Entwurfe; erst der von Volley

erstattete Kommissionsbericht schlug vor, dem §. 174 des Gesetzes-Entwurfs beizufügen:

„Ein Eigenthums- oder Unterpfandsvorbehalt auf beweglichen Dingen, welche dem Käufer übergeben werden, (namentlich beim Viehhandel) ist unzulässig."

Dieser Antrag stieß aber in der Kammer der Abgeordneten auf Widerspruch. Ein Abgeordneter wandte dagegen ein, daß „solcher nicht mit dem Pfandgesetz im Zusammenhang stehe, und der Gesetzgeber überhaupt keine Veranlassung habe, in Privatverträge so tief einzugreifen, wodurch der einfachste, im gemeinen Leben am häufigsten vorkommende Verkehr auf die nachtheiligste Weise ohne Grund gestört und der arme Mann, der in dieser Art von Verträgen oft das einzige Rettungsmittel finde, in die größte Verlegenheit gesetzt würde."

Der Regierungskommissär und der Präsident der Kammer hielten zwar die Bestimmung für ganz zweckmäßig, aber nicht in das Pfandgesetz geeignet, wogegen Volley bemerkte:

„Daß sie wirklich in das Gesetz gehöre. Denn so wie das Gesetz den Grundsatz anerkenne, daß auf beweglichen Dingen kein Unterpfand anders als durch die Uebergabe der Sache an den Gläubiger stattfinde, so sei es eine nothwendige Folge, daß solches zugleich auch die Unzulässigkeit eines Eigenthums- oder Unterpfandsvorbehalts (welche beide Vorbehalte nach dem neuen Gesetz der Wirkung nach gleichbedeutend seien) — auf beweglichen Sachen, welche der Verkäufer an den Käufer übergebe, ausspreche.

„Es sei dieß um so nothwendiger, als gerade diese Art von Vorbehalten im gemeinen Leben bisher am häufigsten vorgekommen seien und man ohne gesetzliche Bestimmungen auf die fernere giltige Beibehaltung derselben schließen könnte.

„Um übrigens die Bestimmung noch deutlicher zu machen, schlage er ein Amendement in der Art vor, daß der Satz nun so lauten würde:

„Ein bloß die Sicherheit einer Forderung bezweckender Eigenthums- oder Unterpfandsvorbehalt ꝛc.“

Dieser Antrag wurde angenommen, bei der Schlußredaktion wurde das Wort „bloß“ in „einzig“ verwandelt, die namentliche Hervorhebung des Viehhandels mit Recht gestrichen, da Niemand ein Stück Vieh für eine unbewegliche Sache halten wird, und so der Art. 259 des Pf.Ges. publicirt.

Der Ausführung Volleys über die Unzulässigkeit eines Pfandrechtsvorbehalts auf einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist um so mehr beizustimmen, als ein solcher Pfandrechtsvorbehalt mit dem Prinzip des Gesetzes, daß ein Faustpfand nur durch die Uebergabe der Sache an den Gläubiger erworben werde, unvereinbar wäre; der Unterpfandsvorbehalt ist denn auch, wenn die verkaufte Sache tradirt ist, schlechthin wirkungslos, ohne Rücksicht darauf, was die Kontrahenten damit bezweckt haben; übrigens ist gerade bei einem Pfandrechtsvorbehalt auch gar kein anderer Zweck denkbar, als eben die Sicherstellung der Forderung.

So konsequent der ursprüngliche Antrag Volley's war, so unglücklich ist das nachträgliche „Amendement“, durch welches „die Bestimmung noch deutlicher gemacht“ werden sollte. Wir haben oben nachzuweisen versucht, daß der Eigenthumsvorbehalt, das pactum reservati dominii vernünftiger Weise nur die Bedeutung eines Pfandrechtsvorbehalts, eines pactum reservatae hypothecae haben könne. Soweit daher in der württembergischen Gesetzgebung dem Pfandrechtsvorbehalt die Wirkung abgesprochen wurde, soweit, sollte man meinen, müsse auch ein Eigenthumsvorbehalt wirkungslos sein. Allein die Bestimmung, daß nur der „die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckende Eigenthumsvorbehalt unzulässig sei, mußte sofort zu der Annahme führen, daß ein Eigenthumsvorbehalt zulässig sei, wofern er nur etwas anderes, als „einzig die

Sicherstellung einer Forderung" bezweckt. So sagt auch Mayer [15] „das Gesetz verwirft einen Vorbehalt, sofern dadurch einzig die Sicherheit der Forderung bezweckt wird. Daraus folgt, daß ein Vorbehalt, der in Wahrheit sich auf das Eigenthum bezieht, und dessen Uebergang bis zur Zahlung suspendirt oder für den Fall nicht erfolgter Zahlung resolvirt, unter dem gesetzlichen Verbot nicht begriffen sei. Allerdings wird durch einen Vorbehalt der letzteren Art die Forderung nur noch mehr 'gesichert. Doch diese Sicherheit ist nur eine mittelbare, keine unmittelbar und einzig bezweckte. Das unmittelbar bezweckte bildet vielmehr das Eigenthum und dessen Uebergang, oder dessen Widerruf."

Aehnlich spricht sich auch Seeger in seinem Commentar aus, welcher anerkennt, daß es in Folge dieser Beschränkung sehr leicht sei, das Gesetz zu umgehen. Der Gesetzgeber konnte nicht wohl auf einen unglücklicheren Gedanken verfallen, als eine bestimmte Wirkung eines Rechtsaktes von dem Zweck abhängig zu machen, welchen die Contrahenten bei dem Geschäft im Auge haben. Dem Richter wird dadurch die Aufgabe des Inquisitors zugewiesen, eine Aufgabe, mit welcher der Civilrichter so viel wie möglich verschont werden sollte; in den meisten Fällen hat es etwas Peinliches, zu entscheiden, ob durch einen bestimmten Akt in fraudem legis gehandelt, eine Umgehung des Gesetzes bezweckt sei, eine schlechte, die natürliche Freiheit des Handelns beschränkende Gesetzgebung stellt den Richter allerdings häufig vor diese mißliche Aufgabe; wir erinnern nur an das Liegenschaftsgesetz von 1853.

Wann ist anzunehmen, daß durch einen Eigenthumsvorbehalt „einzig die Sicherstellung der Forderung" bezweckt werde? Die natürliche Antwort wäre: immer. Denn in Wahrheit kann der Eigenthumsvorbehalt nie einen andern Zweck haben, als die Sicherung der Kauf-

---

[15] Commentar, Bd. 2, S. 348.

schillingsforderung, ein Satz wie der Mayer'sche: „Das unmittelbar bezweckte bildet das Eigenthum und dessen Uebergang oder dessen Widerruf", ist eine unverständliche Phrase, ausgesprochen, um dem Gesetz den Schein eines Sinns zu geben. „Der Eigenthumsvorbehalt bezweckt das Eigenthum", was soll man sich darunter denken? — Nach Art. 259 des Pf.Ges. mußte es aber allerdings dem Verkäufer freistehen, das Verbot des Eigenthumsvorbehalts wirkungslos zu machen durch die Erklärung: „mein Zweck bei dem Vorbehalt ist nicht einzig die Sicherung meiner Kaufschillingsforderung, sondern ich habe noch einen andern, geheimen Zweck, welchen Niemand zu wissen braucht"; und fragen durfte ihn darnach Niemand; denn die Antwort hätte ihn und den Gesetzgeber in Verlegenheit gebracht.

Ohne Zweifel hatte Bolley bei seinem „Amendement" namentlich die von Mayer hervorgehobenen Fälle im Auge: Suspendirung des Eigenthumsübergangs bis zur Zahlung, oder Resolvirung im Fall nicht rechtzeitiger Zahlung; in diesem Sinn genommen würde das Amendement nur die fortdauernde Giltigkeit des gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß beim Kauf das Eigenthum erst durch Zahlung des Kaufpreises übergehe, und die fortdauernde Zulässigkeit der lex commissoria aussprechen, und insofern wäre dasselbe ganz überflüssig gewesen.

Der Art. 259 des Pf.Ges. war eine nothwendige Ergänzung der Bestimmung des zweiten Absatzes des Art. 258 (Art. 182 des Entwurfs), wonach der Faustpfandgläubiger, wenn die Sache ohne sein Zuthun in fremde Hände kommt, gegen denjenigen, der in der Zwischenzeit in gutem Glauben ein dingliches Recht (sei es Eigenthum, Nießbrauch oder Pfandrecht) an derselben erworben hat, sein Pfandrecht nicht geltend machen kann. Hätte man den Pfandrechtsvorbehalt an der verkauften und übergebenen Sache zugelassen, so wären ohne Zweifel aus dem Art. 258 Prozesse in Menge erwachsen, indem der Pfandgläubiger die weiter

veräußerte Sache dem Dritten abgefordert und dieser dagegen sich auf seinen guten Glauben berufen hätte. Solchen Prozessen sollte durch den Art. 259 vorgebeugt, es sollte der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache ebenso wie der gutgläubige Erwerber einer Immobilie nach Möglichkeit geschützt werden.

Sofern nun aber nach der Ansicht der Gesetzgeber der Verkäufer, welcher in Erfüllung des Vertrages dem Käufer als solchem die Sache übergab, den juristischen Besitz auf ihn übertrug, daneben sich das Eigenthum wirksam vorbehalten konnte, wofern er nur erklärte, daß er damit nicht einzig die Sicherstellung seiner Forderung bezwecke, so wurde natürlich der dem Erwerber einer Mobilie durch den Art. 258 zugedachte Schutz jeden Augenblick vereitelt, und dieß führte zu den oben angeführten Bestimmungen des Art. 16 des Pf.Entw.Gesetzes.

Auch dieser Artikel läßt es aber nach seiner Fassung noch zweifelhaft, ob ein Eigenthumsvorbehalt an Mobilien unbedingt für wirkungslos erklärt werden wollte; nehmen wir zwei Beispiele: A hat eine Parthie Waaren bei B deponirt; B bezeigt Lust dieselben käuflich zu übernehmen, der Kauf wird abgeschlossen, A erklärt aber, er behalte sich das Eigenthum bis zur Bezahlung des Kaufpreises vor. Oder: A verkauft an B ein Pferd, B verspricht für den Kaufpreis einen Bürgen zu stellen, A übergibt das Pferd dem B, erklärt aber: bis der Bürge gestellt sei, behalte er sich das Eigenthum vor. — Nach der oben bekämpften gemeinrechtlichen Theorie würde in beiden Fällen B den juristischen Besitz der erkauften Sache erlangen, und daneben wäre der Eigenthumsvorbehalt des A wirksam. Beide Fälle fallen auch nicht unter den Wortlaut des Art. 16 des Pf.E.G. Denn im ersten Falle findet keine Uebergabe der Sache an den Käufer statt, im zweiten ist nicht baare Bezahlung des Kaufpreises bedungen. — In dem zweiten Fall führt das argumentum a majori ad minus dazu, den Eigenthumsvorbehalt für wirkungslos

zu erklären: ist derselbe unzulässig, wenn dadurch die wirkliche Zahlung gesichert werden soll, so muß er um so unzulässiger sein, wenn der Zweck nur die Leistung einer Sicherheit für die Zahlung ist. — Im zweiten Fall müßte wenigstens nach der Gesetzes-Analogie gleichfalls die Unwirksamkeit des Vorbehalts angenommen werden. Diese Annahme könnte aber leicht zu einer kaum zu billigenden Härte gegen den Verkäufer führen, und wir werden, um hier richtig zu entscheiden, auf das römische Recht zurückgehen müssen, obgleich der Schlußsatz des Art. 16 den gemeinrechtlichen Grundsatz, daß wenn nicht der Kaufschilling angeborgt worden, das Eigenthum nur durch dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe, in Beziehung auf bewegliche Dinge für aufgehoben erklärt.

Nehmen wir an, der Depositar B schreibt an den Deponenten A, er sei bereit, die bei ihm lagernde Waare um den und den Preis käuflich zu übernehmen; A antwortete: er sei mit dem Anerbieten einverstanden, die Waare solle an B verkauft sein, übrigens könne er sein Eigenthum nicht eher aufgeben, als bis ein Drittel des Kaufpreises bezahlt sei. — In welchem Augenblick geht hier das Eigenthum von A auf B über? Eine physische Besitzergreifung ist in diesem Fall unmöglich, da B die Sache schon inne hat; der Eigenthumsübergang ist vielmehr von der Frage abhängig, von welchem Zeitpunkte an darf nach der Absicht des Vertrags B den Besitz mit dem animus rem sibi habendi ausüben, die causa possessionis sibi mutare? Der Gedanke des A ist nun offenbar der: dem B soll vom Augenblick der Zahlung des Drittels an die freie Verfügung über die ganze Waare zustehen, bis dahin aber solle das Rechtsverhältniß des Depositum fortdauern; ist B mit diesem Vorschlag einverstanden, so steht es bei ihm, in welchem Augenblick er durch Bezahlung des Angelds sich den juristischen Besitz verschaffen, sich zur mutatio causae possessionis ermächtigen will; ehe er aber das Angeld bezahlt hat, würde er sich

durch Veräußerung der Waare einer Unterschlagung schuldig machen. — Hätte dagegen B. dem A. geschrieben, er habe augenblicklich eine gute Verwendung für die Waare und sei deßhalb bereit, sie zu einem bestimmten Preis zu übernehmen, und hätte A. erwidert: die Waare solle an B. verkauft sein, wenn derselbe zuverlässig innerhalb 4 Wochen Zahlung leiste, so würde hier der Form nach ein suspensiv bedingter Kauf vorliegen. Allein wir haben schon oben bemerkt, daß die Zahlung des Kaufpreises nicht zur Bedingung des Kaufs gemacht werden kann. Aus dem Anerbieten des B. ging unzweideutig hervor, daß er nur kaufen wolle, wenn ihm sofort die freie Verfügung über die Waare, also namentlich die Veräußerungsbefugniß eingeräumt werde; wenn A. dieses Angebot in der Hauptsache annahm, so gab er sein Eigenthum auf, er ermächtigte den B., die Waare anstatt titulo depositarii, sofort titulo emptoris zu besitzen, und dem Beisatz kann nur die Bedeutung zukommen, er habe übrigens zum Käufer das Vertrauen, daß derselbe binnen 4 Wochen Zahlung leisten werde; fidem emtoris secutus est.

Dieser Unterscheidung entsprechend wäre in solchen Fällen auch nach württembergischem Recht zu entscheiden; denn so weit wollten die württ. Gesetzgeber sicherlich nicht gehen, daß sie dem Eigenthümer einer Mobilie verboten hätten, einen Verkauf gegen Baar abzuschließen und daneben einstweilen die Sache dem Käufer zu leihen, an ihn zu vermiethen oder bei ihm zu deponiren. — Danach reduzirt sich allerdings der Unterschied zwischen dem württembergischen und dem richtig verstandenen gemeinen Recht beim Kaufvertrag über Mobilien auf ein Minimum. Nach gemeinem Recht hat im Fall eines unbedingten Kaufs, wenn die Uebergabe vor Bezahlung des Kaufpreises erfolgt ist, der Käufer zu beweisen, daß auf Kredit verkauft worden sei; nach württ. Recht liegt dem Verkäufer der Beweis ob, daß nicht auf Kredit verkauft sei, daß er die Sache dem Käufer nur lehnungs-, mieth- oder bitt-

weise übergeben habe. Dieser Unterschied ist, wie schon oben bemerkt wurde, bei dem System der freien Beweiswürdigung kein bedeutender.

Bei Verkauf und Uebergabe von beweglichen Sachen wird häufig schon die Beschaffenheit des Vertragsobjekts einen Schluß darauf gestatten, ob auf Kredit verkauft sei. Im kaufmännischen Verkehr z. B. wird der Kauf auf Kredit fast ausnahmslose Regel sein; anders bei Immobilien. Ueber die Folgen eines Eigenthumsvorbehalts bei Verkauf und Uebergabe von solchen spricht sich das Pfandgesetz hinreichend bestimmt aus, obwohl wir nicht anstehen, der Fassung des Entwurfs den Vorzug vor derjenigen des Gesetzes zuzuerkennen, sofern letzteres auch von einem „einzig die Sicherstellung der Kontraktsforderung bezweckenden" Eigenthumsvorbehalt spricht und die Bestimmung des zweiten Absatzes des Art. 45, wonach durch den Eigenthumsvorbehalt das Eigenthum erhalten wird, wenn die unzweifelhafte Absicht der Kontrahenten hierauf gerichtet ist, sehr geeignet ist, in der Praxis Zweifel über die Anwendung des ersten Absatzes des Art. 45 hervor zu rufen.[16] Vollends unlogisch ist der Satz: „durch einen Vorbehalt kann ein wahres Eigenthumsrecht erhalten werden, wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint." Nicht die Erhaltung, sondern nur der Rückfall des Eigenthums kann Zweck der lex commissoria sein. Uebrigens wird darüber kein Zweifel bestehen können, daß der angef. Art. 45 nur der lex commissoria im eigentlichen Sinn, d. h. der Bestimmung, daß der Kaufpreis bis zu einem gewissen Termin bezahlt sein müsse, nicht aber auch dem gemeinrechtlichen, für den Fall der Insolvenz abgeschlossenen pactum reservati dominii die Wirkung einer Resolutivbedingung zugestehen wollte. — Auch daran braucht kaum erinnert zu werden,

[16] Vergl. auch württ. Archiv, Bd. VI, S. 185 ff.

daß der Verkäufer von Liegenschaft, welcher dem Vertrag die lex commissoria beifügt, erst dann wirklich gesichert ist, wenn er sein bedingtes Recht auf den Rückfall der Sache im Unterpfandsbuch wahrt.[17]

Dagegen ist schließlich noch auf die Frage einzugehen, in wiefern der gemeinrechtliche Satz, daß das Eigenthum einer verkauften und übergebenen Sache auf den Käufer erst mit Bezahlung des Kaufpreises übergehe, nach württ. Recht auf den Verkauf von Liegenschaften Anwendung finde. Im ersten Absatz des Art. 45 des Pf.G. ist dem bloß die Sicherstellung der Kaufschillings-forderung bezweckenden Eigenthumsvorbehalt nur die Wirkung eines Pfandrechtstitels beigelegt, und erst in Folge seiner Eintragung in das Unterpfandsbuch wird für den Verkäufer ein wirkliches Unterpfandsrecht begründet; nach dem zweiten Absatz desselben Artikels kann das Eigenthum selbst erhalten werden, wenn die Absicht der Kontrahenten unzweifelhaft darauf gerichtet ist, daß der Eigenthumsübergang bis zur erfolgten Zahlung des Kaufpreises aufgeschoben werden solle; die Wirksamkeit auch dieses Vorbehalts ist aber an den Eintrag in das Unterpfandsbuch wenigstens unter der Voraussetzung geknüpft, daß der (bedingte) Eigenthumsübergang in das Güterbuch eingetragen wurde. Durch Art. 16 des Pfand-Entw.-Ges. endlich wird der fragliche Grundsatz des römischen Rechts „in Beziehung auf bewegliche Dinge" ausdrücklich aufgehoben.

Diese Beschränkung der Aufhebung „auf bewegliche Dinge" legt die Annahme nahe, daß für Immobilien auch nach der württ. Pfandgesetzgebung der in Frage stehende gemeinrechtliche Satz noch Geltung habe. Dieser Ansicht ist auch Bolley, wenn er in seinem Kommentar zum Pfandgesetz[18] ausführt: „Es kann auf die Giltigkeit des

[17] Vergl. Wächter, Erörterungen, H. 1, S. 178 und 198, Note 34 und 50; Haupt-Instruktion §§. 186—189.

[18] Bd. I, S. 75, §. 31.

vom Käufer, welcher im Güterbuch als Eigenthümer eingetragen ist, bestellten Unterpfands keinen nachtheiligen Einfluß haben, wenn vom Verkäufer ohne besondern Eigenthumsvorbehalt der Kaufschilling nicht angeborgt wurde, sofern nämlich der Verkäufer seine Rechte in den öffentlichen Büchern nicht gewahrt hat. Ist aber dieß geschehen, so würde diese Verwahrung sowohl in Absicht auf den Verkäufer als den Käufer gleich sein der (suspensiven) Bedingung, daß ungeachtet der Uebergabe der verkauften Sache vor Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum auf den Käufer nicht übertragen sein soll. Doch würde eine ohne Eigenthumsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers geschehene Vormerkung ihre Wirkung gänzlich verlieren, sobald anzunehmen ist, daß der Verkäufer den Kaufschilling angeborgt habe."

Hier tritt die schwache Seite der württ. Pfandgesetzgebung recht deutlich vor Augen. Von Anfang an bestand der löbliche Entschluß, sichere Rechtszustände zu schaffen, namentlich Denjenigen zu schützen, der auf Grund der öffentlichen Bücher Rechte erworben hatte; in der Ausführung aber konnte man sich häufig nicht entschließen, die Folgerungen aus dem an die Spitze gestellten Prinzip zu ziehen. So auch hier; bei dem Schlußsatz des Art. 16 des Pf.E.Ges. sind die gesetzgebenden Faktoren offenbar von der Ansicht ausgegangen, daß für unbewegliche Dinge der gemeinrechtliche Satz hinsichtlich des Eigenthumsübergangs noch gelte; und äußere Anhaltspunkte dafür, daß beim Erlaß des Pfandgesetzes eine andere Ansicht bestanden, haben wir nicht. Wohl aber stände die fortdauernde Giltigkeit des gemeinrechtlichen Satzes in innerem Widerspruch mit dem Art. 45 des Pf.Ges. Wenn in einem Kaufvertrag die alsbaldige Uebergabe der verkauften Liegenschaft an den Käufer festgesetzt, daneben aber bedungen wird: „bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises wird sich das Eigenthum an der verkauften Liegenschaft vorbehalten," so soll diese Festsetzung den

Eigenthumsübergang nicht hindern und nur dem Verkäufer einen Pfandrechtstitel, bezw. wenn er denselben in's Unterpfandsbuch eintragen läßt, ein Pfandrecht verschaffen. Unterläßt er aber diese Vorsichtsmaßregel, so ist er nach Bolley viel besser daran; so lange er nicht vollständig bezahlt ist, verbleibt ihm sein Eigenthum, und er sichert sich nicht bloß ein Pfandrecht, sondern das Eigenthum, sobald er einseitig von sich aus im Unterpfandsbuch vormerken läßt, er sei noch nicht für den Kaufschilling befriedigt und sei es auch seine Absicht nicht, dem Käufer denselben anzuborgen. Dadurch, daß Bolley dem Käufer hinwiederum den Beweis nachlassen will, daß ihm der Kaufschilling doch angeborgt sei, wird natürlich nichts geholfen, sondern höchstens die Rechtsunsicherheit vermehrt.

Von großer praktischer Bedeutung ist die besprechene Frage am Ende nicht. Denn in den Fällen, wo überhaupt eine baare Bezahlung des Kaufschillings in Aussicht genommen ist, wird höchst selten die Beifügung des Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalts vergessen werden. Wird er aber einmal weggelassen und die Sache an den Käufer zum habere licere, zur freien Verfügung, zum Eigenthums- oder juristischen Besitz übergeben, dann führt — im Widerspruch mit Bolley — die juristische Konsequenz zu der Annahme, daß der Verkäufer sein Eigenthumsrecht aufgegeben habe; es war seine Sache, sich nach dem ersten oder dem zweiten Absatz des Art. 45 des Pfandgesetzes sicher zu stellen. Unterläßt er dieß und kommt er dadurch zu Schaden, so hat er sich diesen selbst zuzuschreiben.

Das Ergebniß unserer Ausführung für das württ. Recht ist somit folgendes:

Wird eine verkaufte Sache dem Käufer vor Bezahlung des Kaufpreises übergeben, so kommt es darauf an, ob sie ihm in seiner Eigenschaft als Käufer, oder aber nur lehnungs-, bittweise rc. übergeben wurde; im ersteren Fall wird er Eigenthümer, wenn der Verkäufer Eigenthümer

war, im letzteren Fall bleibt das Eigenthum dem Verkäufer. Der Beweis, daß dem Käufer nur die Detention, nicht der juristische Besitz übergeben sei, liegt dem Verkäufer ob. Läßt aber der Verkäufer, welcher eine Immobilie dem Käufer zu bloßer Detention übergeben wollte, deren Eintrag in die öffentlichen Bücher auf den Namen des Käufers zu, so bleibt er zwar dem Käufer gegenüber Eigenthümer, setzt sich aber der Gefahr aus, daß dieser Verfügungen über die Sache trifft, welche er nicht anfechten kann. Ein Eigenthumsvorbehalt, neben welchem der Käufer den juristischen Besitz der erkauften Sache erhalten soll, hat bei beweglichen Sachen keine, bei unbeweglichen nur die Bedeutung eines Pfandrechtsvorbehalts.

II.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenraths in Administrativjustizsachen.

Mit Bemerkungen.

Von Dr. Sarwey.

---

1) Die Entscheidung über die Entbehrlichkeit eines öffentlichen Weges ist Verwaltungssache und eignet sich nicht zur Beschwerde an den K. Geheimenrath, wenn der Beschwerdeführer keinen Rechtsanspruch auf das Fortbestehen des Weges erhoben hat.

Auf die Klage des Chr. D. von Hüttisheim, OA. Laupheim, gegen den Gebrauch eines über seine Wiesen hinziehenden Fußweges durch die Bewohner der nordwärts

gelegenen 12 Häuser Xaver D. und Gen. stellte der Gemeinderath in H. diesen Fußweg als entbehrlich ab. Bei den hierüber vor dem Oberamt gepflogenen Verhandlungen behaupteten die letzteren, der fragliche Fußweg habe seit Menschengedenken als öffentlicher, insbesondere als Kirchen- und Schulweg neben dem ordentlichen Ortsweg bestanden und sei nicht entbehrlich. Die drei Stege, welche zu ihm führen, habe bisher und von jeher die Gemeinde erhalten. Ein Zeugniß des Pfarrers H. spreche dafür, daß er den Weg als Kirchenweg selbst benützt und andere benützen gesehen habe. Hiegegen erklärte der Gemeinderath, die betreffenden Häuser bestehen noch keine 30 Jahre, erst seit deren Errichtung habe sich der Weg „eingeschlichen." Wenn auch die Gemeinde die Wege unterhalte, so sei dieser Fußweg nirgends als rechtlich bestehend beschrieben, während andere Kirchenwege vermarkt seien. In den Beschwerdeausführungen gegen die das Verlangen des Fortbestehens des Weges abweisenden Entscheidungen des Oberamts und der Kreisregierung bemerkten die Rekurenten, daß sie das Recht des Gemeinderaths an sich, entbehrliche Wege abzuschaffen, nicht bestreiten, dagegen die Unentbehrlichkeit des fraglichen Weges behaupten; nur die Statthaftigkeit der polizeilichen Maßregel der Abschaffung des Weges sei im Streit. Unter Berufung auf den Akteninhalt wurde auch gegen die mit den Entscheidungen der früheren Instanzen übereinstimmende Entscheidung des K. Ministerium des Innern vom 16. Januar 1866 der Rekurs an den Geheimenrath ergriffen, die Beschwerde jedoch durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 15. März 1866 „als unstatthaft zurückgewiesen, da die Rekurenten einen Rechtsanspruch auf Beibehaltung des in Frage stehenden Fußweges nicht erheben, vielmehr nur darzuthun suchen, daß derselbe fernerhin einem Verkehrsbedürfnisse entspreche, die Würdigung der Interessen des öffentlichen Verkehrs bei Anlegung und Abstellung von Wegen aber lediglich Sache der zuständigen Verwaltungsbehörden sei."

Uebereinstimmend hiemit faßte der Geheimerath in der Beschwerdesache des Joh. W. und Gen. von W., Gemeindebez. G., OA. Gmünd, wegen Abschaffung eines Fußweges über die sog. Brühlwiesen unter dem 3. Mai 1867 folgenden Beschluß: Da über die Frage, ob ein öffentlicher Weg aus Gründen der Zweckmäßigkeit abzustellen oder beizubehalten sei, lediglich die Verwaltungsbehörde zu entscheiden habe, da sodann, nachdem die Staatsbehörden von den Beschwerdeführern angegangen, über die Entbehrlichkeit des in Frage stehenden, ohnehin nicht blos zu örtlichen Verkehrszwecken benützten Fußweges selbstständig zu entscheiden hatten und entschieden haben, es auf die Beschlüsse der Gemeindebehörde (deren Giltigkeit nach Art. 7 des Ges. vom 17. Sept. 1853, betr. die zusammengesetzten Gemeinden, beanstandet war) nicht mehr ankomme, so sei die gegen die Verfügung des K. Ministerium des Innern vom 16. April 1867 erhobene Beschwerde als unstatthaft zurückzuweisen.

2) Die (negatorische) Klage gegen die Belastung des Grundeigenthums mit der Duldung eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Fußweges ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung. [1]

Schuhmacher Fr. M. von M. erhob gegen den dortigen Gemeinderath, welcher die Belegung des Hofraumes des Klägers mit Holz zum Zweck der Offenhaltung eines 3′ breiten öffentlichen Fußweges über denselben verboten hatte, bei dem Oberamte V. Klage zur Beseitigung dieser Belastung seines Eigenthums unter Berufung darauf, daß wegen der früheren Verbauung des Weges durch einen

---

[1] **Vergl. Boscher, Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. V, S. 378, Bd. XIII, S. 22, (Streitigkeiten über Duldung eines über Privatgüter gehenden Verbindungswegs.) Dieses Archiv, Bd. V. Nr. 5 u. 6 S. 396, Nr. 7 S. 397, Nr. 18 S. 421, Nr. 23 u.**

Schweinstall bis auf $1^1/_2$' kein oder ein kaum passirbarer Durchgang bestanden habe, während der Gemeinderath einen

---

24 S. 425, 426, Nr. 26 S. 430, Nr. 33 S. 433, Nr. 40 S. 435. Bd. XV. S. 47 Note 58, S. 74 N. 102, unten die Mittheilungen Nr. 4—6. Seuffert Archiv Bd. XVII. Nr. 285, Bd. XXI. Nr. 19. Abweichend hievon ist die Kompetenzfrage in einer Entscheidung des Königl. Obertribunals vom 21. Oktober 1872 (Gerichtsblatt V. S. 276) entschieden. Die Folge dieser Entscheidung wäre, daß in allen Streitigkeiten mit dem Eigenthümer eines Grundstückes, welcher das Bestehen eines öffentlichen Weges über seinen Privatgrundbesitz bestreitet, die Zuständigkeit des Administrativrichters ausgeschloßen und die des Civilrichters begründet sein würde. Daß die hier in Frage stehenden Fälle mehr als andere ähnliche sich auf der Linie bewegen, welche Zweifel über die Kompetenzgrenzen zuläßt, ist zuzugeben. Gleichwohl werden sich gegen diese Entscheidung und gegen ihre Begründung sehr wesentliche Bedenken nicht unterdrücken lassen. Eine eingehende Ausführung gegen diese neueste Thesis des Königl. Obertribunals von Herrn Obertribunalpräsident v. Pfitzer enthält das Gerichtsblatt Bd. VI. S. 36 u. s. f., auf welche zu verweisen ist. Wenn eine Gemeindebehörde ein oder Einzelner, welcher das öffentliche Interesse unter Berufung auf ein subjektives Recht verfolgt, behauptet, daß ein Privatgrundstück einen öffentlichen Weg auf Grund des Herkommens, der unvordenklichen Verjährung u. s. f., zu dulden habe, so wird hiermit keineswegs eine privatrechtliche Servitut behauptet, deren materieller Gehalt hernach für öffentliche Zwecke verwerthet würde, sondern es wird eine aus dem öffentlichen, dem Genossenschaftsrechte folgende Beschränkung des Vermögenrechtes, die Belastung desselben mit der Pflicht, den öffentlichen Verkehr zu dulden, nach Grundsätzen des öffentlichen Rechts in Anspruch genommen. Vgl. dieses Archiv XV. S. 21—23. 62. 65. Gesetzt, es wäre auf Grund einer Widerklage von dem Civilrichter gegen den negatorischen Kläger zu erkennen, so würde hiermit sehr leicht eine andere Belastung ausgesprochen, als diejenige, welche in Anspruch genommen ist und welche nur nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts über Verkehrswege besteht. Eine Trennung der einzelnen Streitpunkte, wie sie jene Mittheilung in dem Gerichtsblatt als nothwendig anerkennt, wird häufig unausführbar sein. Ein ganz anderer Fall ist, wenn das Eigenthum bestritten ist. Denn das Eigenthum ist ein Privatrecht, mag es von dem Staat oder der Gemeinde oder einem Einzelnen verfolgt werden; es ist immer dasselbe Recht. Das Recht eines öffentlichen Weges über ein Privatgrundstück ist aber ein ganz anderes Recht und beruht auf anderen Voraussetzungen,

öffentlichen Fußweg auf Grund unvordenklichen Herkommens beanspruchte. Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Oberamt gab der Kläger eine nähere Erklärung dahin ab, er wolle zugeben, daß die Einwohner einen 3' breiten Weg über seinen Hof benützen, behalte sich aber die Benützung des übrigen Theils in der Breite von 5' vor. Der Gemeinderath beanspruchte eine solche Wegbreite, daß eine Person mit einem Bündel Gras u. s. f. ungestreift passiren könne, wogegen sich der Kläger darauf berief, daß der Weg einmal längere Zeit abgesperrt gewesen sei und daß er das Haus ohne eine vorgemerkte Last übernommen habe. Von zwei in der Instanz der Kreisregierung vernommenen Zeugen, dem 76 Jahr alten früheren Hausbesitzer und einem früheren Bewohner des Hauses wurde im Wesentlichen übereinstimmend die allgemeine Benützung des Weges seit Menschengedenken bestätigt. Nachdem die Köngl. Kreisregierung gegen die Ansicht des Oberamtes dem Antrag des Klägers gemäß erkannt hatte, davon ausgehend, daß die Erklärung des Klägers, einen Weg von 3' Breite offen zu lassen, keine verbindliche geworden und der Beweis der unvordenklichen Verjährung nicht erbracht sei (die nähere Ausführung hierüber ist ohne allgemeines Interesse), entschied das Königl. Ministerium des Innern auf den von dem Gemeinderath ergriffenen Rekurs, wobei dieser einen 4' breiten Weg in Anspruch nahm, unter dem 27. März

---

als die Belastung mit einer privatrechtlichen Wegeservitut. Vom Standpunkt des belasteten Grundeigenthums ist allerdings ein (privatrechtliches) Vermögensrecht in Frage gestellt, aber nicht aus Gründen des Privatrechts, sondern gestützt auf das **öffentliche Recht, vermöge dessen ein seit unvordenklicher Zeit für den Verkehr benützter Weg von Jedermann, auch dem Eigenthümer des hiermit belasteten Grundstückes nach dem öffentlichen (Genossenschafts-) Rechte anzuerkennen, beziehungsweise zu dulden ist.** In der Bejahung der civilrichterlichen Kompetenz für diese Fälle liegt daher in Wahrheit eine Verneinung dieses bisher wenigstens als unzweifelhaft angenommenen Grundsatzes des öffentlichen Rechts. (Sy.)

1869, daß der Kläger auf seinem (näher bezeichneten) Hofraum einen öffentlichen Fußweg in der Breite von 3' zu dulden habe, mit ihrem weitergehenden Anspruch aber die Gemeinde abzuweisen sei. Die Kosten und die auf 4 fl. 24 kr. berechnete Sportel wurden verglichen. Die hiegegen von dem Kläger ergriffene weitere Beschwerde wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 2. Oktober 1869 als unbegründet abgewiesen.

3) Unzuständigkeit des Administrativgerichts zur Entscheidung über das bestrittene Eigenthum an einer als Ortsweg dienenden Grundfläche; die Wahrung der bestimmungsgemäßen Benützung eines Ortsweges ist Sache der Gemeindebehörde; ein Einzelner hat hierauf kein Klagerecht im Verwaltungsrechtswege, wenn sein Interesse nur in der Beseitigung der mit der bestrittenen Benützungsart verbundenen Gefährdung seines Eigenthumes besteht.

Sattler G. K. von U. erhob gegen den Schloßmüller Tr. bei dem Oberamt R. Klage, worin gebeten wurde, daß demselben die Benützung eines an sein Eigenthum grenzenden öffentlichen Fußweges als Fahrweges untersagt werde. Die Berechtigung der Klage war darauf gestützt, daß die als Fußweg dienende Fläche sein Eigenthum sei und daß das Befahren des zu schmalen Weges ohne stete Gefährdung und Beschädigung seines Anwesens nicht möglich sei. Der Beklagte bestritt das Eigenthum des Klägers an dem Platze und behauptete die Möglichkeit des Befahrens des Weges, indem er sich auf die langjährige Uebung berief. Die Kreisregierung wies die Klage in Bestätigung der oberamtlichen Entscheidung ab, da der Kläger insofern er sein Recht zur Einsprache gegen die Benützung des fraglichen Weges als Fahrweges auf die Behauptung des Eigenthumes an dem Grund und Boden stütze, welches bestritten und von der Gemeinde in Anspruch

genommen werde, aus diesem Grund insolange nicht als zur Sache legitimirt angenommen werden könne, als nicht sein bestrittenes Eigenthum durch civilgerichtliche Entscheidung zur Anerkennung gebracht sei, und da auch das thatsächliche Interesse, welches der Kläger als bloßer Nebenlieger und abgesehen von den Eingriffen in sein Privateigenthum an der Art der Benützung des öffentlichen Weges habe, ein Klagerecht für denselben, um den Beklagten an der Benützung der seiner Verfügung gar nicht unterworfenen Wegfläche zu hindern, nicht begründet werde. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem Königl. Ministerium des Innern durch Entscheidung vom 5. Nov. 1867 verworfen, in Erwägung, daß der Rekurrent seine Berechtigung zur Klage in der Ministerialinstanz ausschließlich auf die Behauptung gründe, daß wegen der geringen Breite des Weges ein Befahren desselben ohne Eingriffe in sein Privateigenthum nicht möglich sei, dieser Klagegrund aber zur Geltendmachung vor dem Administrativrichter nicht geeignet sei, da es sich bei dieser Klagebegründung lediglich um die Abwehr von Verletzungen des Privateigenthums handle, ohne daß hiebei, außer dem rein thatsächlichen und deßhalb unerheblichen Umstand, daß diese Eingriffe aus Anlaß der Benützung eines öffentlichen Weges geschehen, ein öffentliches Recht irgendwie zur Sprache komme und daher der Administrativrichter nicht in der Lage sei, die nachgesuchte Abhülfe gegen diese Verletzung von Privatrechten zu gewähren[2]. Durch Beschluß des Königl.

---

[2] Uebrigens dürfte hiedurch die Verpflichtung der öffentlichen Verwaltung, einer Benützung öffentlicher Wege, welche nothwendig wegen ihrer Beschaffenheit die Beschädigung von Privateigenthum zur Folge hat, abzustellen, und folgerichtig die Beschwerde des gefährdeten Eigenthümers an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde, wenn die Gemeindebehörde dieser Verpflichtung nicht nachkommt, nicht ausgeschlossen sein. Nicht im Widerspruch mit obiger Entscheidung steht die oben, Nr. 2, mitgetheilte Entscheidung, da es sich hierbei um die Feststellung des Umfanges einer bean-

Geheimenraths vom 1. Februar 1868 wurde die hiegegen erhobene Beschwerde unter Verurtheilung des Rekurrenten zur Zahlung einer Sportel von 6 fl. als unbegründet abgewiesen, da die von demselben geltend gemachten Interessen nicht von der Art seien, um ihn zu einem im Verwaltungsrechtswege geltend zu machenden Widerspruch gegen jene von der Gemeindebehörde nicht beanstandete Benützung des Wegs zu berechtigen, da insbesondere die erst in gegenwärtiger Instanz gemachte Angabe, daß Rekurrent diesen Ortsweg zu unterhalten habe, gegenüber den bestehenden Vorschriften über Unterhaltung der öffentlichen Ortswege jeder näheren Begründung entbehre und ebenso nach der bestehenden Einrichtung nur den Gemeindebehörden die Aufgabe zukomme, die bestimmungsgemäße Benützung der Gemeindewege zu wahren.

4) Zuständigkeit des Administrativgerichtes zur Entscheidung des Streites über das Bestehen und das Benützungsrecht eines öffentlichen Ortswegs; Einfluß der Besitzverhältnisse auf die Beweislast; Einträge im Primärkataster und allgemeine Benützung seit Menschengedenken als Beweismittel für die öffentliche Eigenschaft eines Wegs.

Sonnenwirth N. von N. bat im Jahr 1859 den Gemeinderath um Erlaubniß, auf der Seite seines Wohnhauses Nr. 140 gegen das Haus des L. Fr. H. Nr. 124, wo früher schon ein Fenster gewesen sein soll, und gegen einen Weg, dessen Flächenmaß in dem Primärkataster unter den der Gemeinde gehörenden Ortswegen beschrieben ist, eine eichene Hausthüre anbringen zu dürfen, wurde aber am 20. Januar 1859 abgewiesen, weil auf diesem Weg den

---

sprochten Weglast auf unzweifelhaftem Eigenthum des Beklagten handelt, vgl. die Note zu Nr. 2 und dieses Archiv Bd. XV. S. 36 Note 44, S. 47 Note 58.

Besitzern der hinterliegenden Häuser Nr. 119, 121 eine Weggerechtigkeit zustehe, deren Ausübung durch die Hausthüre beeinträchtigt würde und weil auch der Nachbar H., der an den 3' breiten Platz anstoße und gegen das Vorhaben des N. protestire, belästigt werden könnte. H. hatte gegen die Herstellung der Thüre Einsprache erhoben, weil sie die freie Benützung seines bis an's N.'sche Haus gehenden Hofraums beeinträchtige und ihm das Gesetz nicht auflege, eine Thüre gegen sein Eigenthum zu dulden. N. erhob gegen diese Verfügung der Gemeindebehörde bei dem Oberamt Beschwerde. Schon die äußere Beschaffenheit, die Erhöhung und Abgrenzung des fraglichen Wegs von der Dunglege bei Nr. 124 mittelst Umzäunung und der Umstand, daß dieser Weg die beiden Ortswege Nr. 1 und 5 verknüpfe, müsse darauf führen, daß dieß ein öffentlicher Weg sei, als welcher er von jeher gegolten und im Primärkataster und Ortskarte eingetragen sei. Ebendaher könne es kein Privatweg sein, keine bloße Servitut. Die Anbringung einer Thüre könne dem H. nur insofern widrig sein, weil er auf diesem Weg sein Vieh von und zu dem Stall Nr. 123 treibe, was aber polizeilich zu verbieten wäre. Die Thüre werde einwärts gehen. Der Gemeinderath, zum Bericht aufgefordert, erklärte, daß der Weg nur von den betheiligten Hausbesitzern benützt werden dürfe und nichts weniger als ein öffentlicher Weg sei; der Eintrag im Primärkataster werde unrichtig sein, der Platz zum Hofe des H. gehören. Er sei auch zur Verbindung der zwei Ortswege gar nicht nöthig. Durch Errichtung einer Hausthüre würde die Weglast vergrößert und zumal wegen des hin- und hergehenden Viehes und wenn Kinder den Weg passiren, wären Unglücksfälle zu besorgen, auch Streitigkeiten nicht zu vermeiden. Am 21. April 1859 beschloß das Oberamt, da dem Vorhaben in baupolizeilicher Beziehung lediglich nichts im Wege stehe, die Erlaubniß zur Einrichtung der Thüre zu ertheilen, die Nachbarn aber mit ihren privatrechtlichen Einwendungen an den Richter zu

verweisen. Nun erging am 6. Mai 1859 ein gemeinderäthliches Erkenntniß, welches dem N. die Wiederzumauerung der inzwischen schon angebrachten Thüre aufgab, wogegen dieser sich an das Oberamtsgericht wandte. Bei der mündlichen Verhandlung hierüber gab er jedoch die Erklärung ab, daß er kein Privatrecht auf den fraglichen Platz zu haben behaupte und wenn derselbe Eigenthum des H. wäre, kein Recht, darüber zu gehen, hätte, er spreche dieses Recht lediglich aus dem Grund an, weil der Platz ein öffentlicher sei; er trage unter Zurücknahme seines Rekurses darauf an, daß die Sache vor das K. Oberamt gebracht werde, welches zu entscheiden haben solle, ob der Raum Privateigenthum oder öffentlicher Platz sei. Hierauf gab das Oberamtsgericht die Akten an's Oberamt als zuständig über die Frage: ob jener Weg ein öffentlicher sei. Bei der oberamtlichen Verhandlung am 22. Juli 1859 beharrte H. auf seinem Eigenthumsanspruch an fraglichem Wege, räumte auch dem N. wegen seines Hauses Nr. 121 (nicht aber wegen Nr. 140) eine Wegservitut ein und bat demselben die Hausthüre, wodurch er in sein Privateigenthum eingegriffen, wieder abzusprechen. N. behauptete sein Recht nicht blos als Eigenthümer seines Hinterhauses (121) sondern auch als Eigenthümer des vorderen, diesen öffentlichen Weg wie jeder Andere gehen, also auch eine Thüre auf denselben hinausführen zu dürfen. Nach weiteren Verhandlungen sprach das Oberamt am 13. Dezember 1859 dem fraglichen Fußpfad die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs ausdrücklich ab, überließ den Betheiligten, ihre Rechte an den Weg bei Gericht geltend zu machen und ließ es in Betreff der Thüre bei der früheren oberamtlichen Verfügung d. h. bei der Erlaubniß. Ungeachtet dieser Einräumung suchte nun N. im Rekurswege die Eigenschaft des Wegs als eines öffentlichen weiter darzuthun, indem er dabei bat, das oberamtliche Erkenntniß aufzuheben und den Kläger H. mit seiner ungegründeten Klage abzuweisen.

Auf Grund dieser Formulirung der Schlußbitte sprach

die Königl. Kreisregierung am 3. Februar 1860 aus, daß nur eine negatorische Klage Seitens des H. auf Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums und eine hiegegen von N. vorgebrachte Einrede vorliege, daß aber über jene Klage die Gerichte zu entscheiden haben und dieselbe daher abzuweisen sei, wogegen eine Klage auf Anerkennung des Wegs als eines öffentlichen in Verhandlung zu nehmen wäre. Hierauf erhob H. gerichtliche Klage gegen N. auf Schutz im Besitz seines Hofraums, zu welchem Hofraum auch der angebliche Weg gehöre, wurde jedoch mit derselben abgewiesen, weil der Beweis des gegenwärtigen juristischen Besitzes der fraglichen Wegfläche durch den Kläger nicht erbracht sei. In dem sofort anhängig gemachten petitorischen Rechtsstreit wurde in erster Instanz der Kläger materiell abgewiesen, in zweiter und dritter Instanz dagegen ausgesprochen, daß kein Objekt eines Civilprozesses vorliege, indem der Beklagte kein Privatrecht für sich an fraglichem Platz geltend mache, sondern nur ein öffentliches Recht. In Folge einer von H. nun gegen die Inkompetenzerklärung der Kreisregierung an das Hohe Ministerium des Innern gebrachten Beschwerde, worin um Wiederherstellung des oberamtlichen Erkenntnisses gebeten wird, wurde durch Ministerialerlaß vom 11. Juni 1863 die Kreisregierung angewiesen, materiell in der Sache zu erkennen, da es sich um einen Streit über einen öffentlichen Weg handle, worüber die Administrativbehörden zu erkennen haben, wenn der Streit auch durch den Anspruch auf die Befugniß zur Verschließung des Wegs für den allgemeinen Verkehr veranlaßt sei, worauf die Kreisregierung auf die öffentliche Eigenschaft des Wegs erkannte. Das Königl. Ministerium des Innern erkannte unter Abänderung dieser Entscheidung in Uebereinstimmung mit der ersten oberamtlichen Entscheidung, wogegen der Königl. Geheimerath auf die erhobene Beschwerde unter dem 27. Juli 1865 folgende Entscheidung fällte: In Betracht daß, nachdem der Rekurrent N. jedenfalls in dem Mitbesitze der Benützung des in Frage stehenden

Weges in Folge der oberamtlich gestatteten Einrichtung einer auf diesen Weg führenden Hausthüre rechtmäßig sich befinde, dem H. als Kläger der Beweis obliege, daß der fragliche Weg nicht als ein öffentlicher zu benützen sei, daß aber H. diesen Beweis nicht zu liefern vermocht habe, vielmehr 1) die nach der Instruktion für die Landesvermessung §. 57 unter Zuziehung orts- und sachkundiger Personen vorzunehmen gewesene geometrische Aufnahme der in Frage stehenden Fläche einen von dem angrenzenden Hofraum und der Parzelle 561 durch Marken durchaus abgeschiedenen Weg aufzeige, dessen Fläche sofort im Primärkataster unter den der Gemeinde gehörigen Ortswegen beschrieben sei; daß diese Aufnahme nach §. 41 und 44 der angeführten Instruktion auf einer vorausgegangenen Untersuchung über den Zustand der Vermarkung und die richtige Begrenzung, insbesondere der Hofräume, unter Zuziehung des Ortsvorstehers und eines Mitglieds vom Untergangsgerichte beruhen müsse, während etwaige neue Vermarkungen von dem Untergangsgericht unter Zuziehung der Betheiligten vorzunehmen gewesen seien; das Nichtauffinden mehrerer zu dieser Vermarkung gehöriger Steine aber, ohne erweisliche Veränderung des rechtlichen Zustandes, sowie der zwischen Karte und Primärkataster bestehende Widerspruch, wonach in Letzterem eine in der Karte nicht enthaltene Fortsetzung des Ortswegs Nr. 5 über oder an dem zum Hause Nr. 119 gehörigen Hofraum beschrieben ist, gegen das amtlich beurkundete Bestehen eines besonders abgemarkten ständigen Wegs nicht zu beachten sei, (die nähere Ausführung dieses Satzes in den Gründen wird als des allgemeinen Interesses entbehrend übergangen);

2) daß mit der Königl. Kreisregierung als Ergebniß des seiner Zeit bei Gericht stattgehabten Zeugenverhörs anzunehmen sei, daß eine allgemeine Benützung des Wegs in der Meinung, er sei öffentlicher Natur, seit Menschengedenken stattgefunden habe, wie denn auch, wenn H. einräumen müsse, daß der Weg von seinen „hinterliegenden

Nachbarn" und den mit ihnen Verkehrenden herkömmlich benützt worden sei, dieß dahin deute, daß der Weg von denjenigen Einwohnern, für welche er nach seiner Lage und Richtung überhaupt von Werth sein könne, regelmäßig begangen worden, und das Gutachten der Bau- und Feuerschau vom 10/15. April 1839 von einer Beschränkung der Wegeberechtigung auf bestimmte Hausbesitzer lediglich nichts enthalte, die Aussage des Zeugen Pfl. endlich allein stehe und zudem nicht mit der Annahme eines öffentlichen Wegs unvereinbar sei;

3) daß das oben angeführte Gutachten ein Anerkenntniß des Eigenthums des H. Seitens des Gemeinderaths überall nicht enthalte, in der neuerlich erfolgten Erklärung des Gemeinderaths, daß er ein Eigenthum an dem Weg für die Gemeinde nicht in Anspruch nehme, noch keineswegs ein Verzicht auf eine allgemeine Wegbenützung enthalten sei, auch abgesehen von der Frage, ob ein solcher Verzicht dem Rekurrenten, welcher vorher mit baupolizeilicher Erlaubniß eine Einrichtung in seinem Hause traf, die ihn nothwendig auf die Mitbenützung des bisher öffentlichen Wegs an seinem Hause anweise, zum Nachtheil gereichen könnte;

4) daß gemeine Fußpfade einer regelmäßigen Unterhaltung nicht theilhaftig zu sein pflegen, der Umstand daher, daß die Gemeinde noch nichts auf den streitigen Weg verwendet habe, die öffentliche Eigenschaft des letztern nicht aufhebe,

werde unter Abänderung des Ministerialerkenntnisses vom 14. März d. J. der Rekurrent für berechtigt erklärt, den in Frage stehenden Weg als einen öffentlichen mitzubenützen, indem es übrigens bei der in jenem Erkenntnisse hinsichtlich des Kostenpunkts getroffenen Verfügung belassen und jedem der streitenden Theile auch sein Aufwand in der gegenwärtigen Instanz und die Hälfte der auf Neun Gulden festgesetzten Sportel zugeschieden werde.

5) Die (negatorische) Klage gegen die Belastung des Grundeigenthums mit der Duldung eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Fußweges ist Gegenstand der Administrativrechtssprechung. Feststellung eines vertragsmäßig eingeräumten öffentlichen Fußweges unter Beschränkung auf die nächste Nachbarschaft durch administrativrichterliche Entscheidung.

Im Jahre 1843 hatte Stadtschultheiß H. von B. das Helferhaus mit Garten und Hof käuflich erworben. Zwischen dem Haus und einem von demselben ebenfalls erworbenen Stück der Stadtmauer liegt ein Platz, über welchen von der Stadtgemeinde ein öffentlicher Weg angesprochen wurde. Da in dem Kaufvertrag von diesem öffentlichen Weg keine Rede war, so bestritt Stadtschultheiß H. denselben, in dem er die stattgehabte Benützung als bloße Vergünstigung darstellte und sich weiter auf eine im Jahre 1862 stattgehabte Verhandlung berief, in Folge welcher sein Waschhaus an der Stadtmauer zum Zweck der Anlegung eines mit Durchbrechung derselben anzulegenden neuen Fußweges zu dem Bahnhof entfernt worden war. Endlich wurde geltend gemacht, daß jedenfalls auf die Abstellung des Weges wegen dessen Entbehrlichkeit zu erkennen sei. In der erwähnten Verhandlung von 1862 war über den in Frage stehenden Platz durch Vertrag mit der Stadtgemeinde festgestellt, daß derselbe unbestrittenes Eigenthum des Stadtsch. H. bleibe und in §. 10 des Vertrags bestimmt: der nächsten Nachbarschaft wird der Durchgang im Winkel (dem in Frage stehenden Platze) gestattet, so lange damit kein Mißbrauch getrieben wird. Daß der Fußweg, der im Primärkataster unter den Ortswegen ohne Markstein lauft, seit 60 Jahren zum Wasserholen, namentlich von den Schulknaben zum Wassertrinken, als Weg zur Kirche, als Weg durch die Stadtmauer, wo Seiler arbeiteten und Tuch getrocknet wurde, endlich als Zugang zum Beschälstall

benützt worden war, wurde außer Zweifel gesetzt. Das Oberamt und die Kreisregierung erkannten dahin, daß der Kläger H. fernerhin einen öffentlichen Fußweg über seinen Hofraum zu dulden habe, indem sie aussprachen, daß der Weg, welcher sich nach beiden Seiten gegen Stadt und Kirche fortsetze, für die dortigen Umwohner nicht leicht entbehrlich sei. Auf erhobene Beschwerde des Stadtschultheißen H. erkannte das Ministerium des Innern unter dem 22. Nov. 1864 abändernd dahin, der Kläger H. habe der nächsten Nachbarschaft das Durchgangsrecht durch den Hofraum zwischen seinem Hause und der Stadtmauer nur insolange, als er nicht einen Mißbrauch des Rechts nachzuweisen vermöge, zu dulden; dagegen sei derselbe nicht schuldig, einen allgemeinen Jedermann zugänglichen öffentlichen Weg durch diesen Hofraum als bestehend anzuerkennen. Die gegen diese Entscheidung von dem Gemeinderath in B. erhobene Beschwerde wurde sodann durch Beschluß des Königl. Geheimenraths vom 27. Februar 1865 unter Verurtheilung des Rekurrenten in eine Sportel von 6 fl. als unbegründet abgewiesen, da die Beschränkung des Gebrauchs des durch den Hofraum des Stadtschultheißen H. hergebrachter Maßen bestehenden Fußweges auf die nächsten Umwohner desselben durch den Vertrag vom 31. Oktober 1862 in unzweifelhafter Weise und rechtsgültig festgestellt worden sei.[1]

---

[1] Hiernach wurde ein Fußweg, obgleich nicht Jedermann dessen Benützung offen steht, gleichwohl als öffentlicher Weg bezeichnet, da er nicht einem Einzelnen als solchen, sondern dem öffentlichen Verkehr dient. Dasselbe trifft bei Güterwegen in der Regel zu, deren Benützung gleichfalls nicht Jedermann und zu jedem Zweck offen steht (vgl. übrigens unten Nr. 25). Die Bemerkung in Boscher's Zeitschrift Bd. V. S. 380, daß ein öffentlicher Weg derjenige sei, welcher Jedermann offen stehe, ein Privatweg derjenige, dessen Benützung nur bestimmten Personen zukomme, erleidet hienach eine Einschränkung.

6) Oeffentliche Weglast auf einer im Privateigenthum befindlichen Area (Hofraum). Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden im Falle eines Streites hierüber. Merkmale der öffentlichen Wegservitut.

Am 26. März 1864 erhob B. R. von G. bei dem Oberamte R. Beschwerde darüber, daß die Wittwe M. den durch ihren Hof zu seinem Hause führenden Weg, der ein öffentlicher Weg sei, durch Bauholz und Reisach belege, worauf die ungesäumte Räumung des Weges oberamtlich angeordnet wurde. Hiegegen verwahrte sich die Wittwe M. bei dem Oberamte, wobei das Recht des R. auf den Weg bestritten und angefügt wurde, daß eine die Freiheit des Eigenthumes von dieser Weglast schützende negatorische Klage bei dem Oberamts-Gericht angebracht sei. Auf die Erklärung des Beklagten B. R., daß er kein Fahrrecht oder Wegrecht über den Hof der Klägerin aus einem ihm zustehenden Privatrechte geltend mache, sondern behaupte, es gehe über den Hofraum der Klägerin ein öffentlicher Fuß- und Fahrweg, erklärte sich das Oberamts-Gericht für unzuständig, worauf der Gemeinderath von G., veranlaßt durch die inzwischen erfolgte gänzliche Absperrung des Weges durch einen Zaun sich an das Oberamt mit der Bitte wendete, die alsbaldige Oeffnung des Weges, den er als einen öffentlichen ansehe und beanspruche, anzuordnen und der Wittwe M. aufzugeben, ihren Anspruch auf Freiheit von der Weglast geltend zu machen. Das hierauf ergangene Verbot der Absperrung veranlaßte die Wittwe M. zur Erhebung der Klage, in welcher sie an das Oberamt den Antrag stellte, dasselbe wolle den Gemeinderath mit seinen Ansprüchen auf eine öffentliche Straße über ihren Hofraum abweisen. Ein nun auch von dem Oberamte ertheilter Inkompetenzbescheid wurde auf die Beschwerde der Wittwe M. von der Kreisregierung aufgehoben und fortan die Streitsache ohne weitere Beanstandung der Zu-

ständigkeit der Administrativjustizbehörden von diesen verhandelt. In der Sache selbst wurde auf Grund der Verhandlungen übereinstimmend von dem Oberamte am 29. Juli 1869 und der Königl. Kreisregierung unter dem 9. Jan. 1872 gegen die Wittwe M. erkannt. Ebenso wurde durch Erlaß des Ministerium des Innern vom 9. Januar 1872 die Beschwerde der Rekurrentin M. gegen die Regierungsentscheidung, durch welche dieselbe für verpflichtet erklärt wurde, den von dem Gemeinderath behaupteten öffentlichen Weg durch ihren Hofraum zu dulden, als ungerechtfertigt verworfen. Diese Entscheidung ist auf Grund einer ausführlichen, durch die in dem Gerichtsblatt mitgetheilte Entscheidung des Königl. Obertribunals vom 21. Februar 1872 veranlaßten Erörterung über die Zuständigkeitsfrage [1] ergangen und wurde, ohne Erwähnung eines dießfälligen Zweifels im Wesentlichen in der Sache selbst auf folgende Gründe gestützt:

„Schon in der Vereinödungskarte vom Jahre 1789 seien die beiden einerseits von Südwesten her zwischen der Kirche und dem Anwesen des B. R., andererseits von Osten her am früheren Zehntstadel, nunmehrigen Schulhaus vorüber auf den M.'schen Hof zuführenden Ortsstraßen, welche auch in dem Kaufvertrag vom 24. August 1826 über das von denselben östlich und westlich begrenzte Grundstück als Dorfstraßen bezeichnet und von der Wittwe M. als solche anerkannt sind, nicht als an der Grenze des M.'schen Hofes endigend, als bloße Zufahrtsstraßen zu dem M.'schen Haus und Hof, vielmehr deutlich als durch diesen Hof zu gegenseitiger Verbindung sich fortsetzend ein-

[1] Württ. Gerichtsblatt Bd. V. S. 284, vgl. ebendaselbst Bd. III. S. 297 und 398, Bd. VI. S. 36. Dieses Archiv Bd. V. Nr. 18 S. 421, Nr. 23, 24 S. 425 und 426, Nr. 26 S. 430, Nr. 33 S. 433, Nr. 40 S. 435. Bd. XV. S. 47 Note 58 und S. 74 Nr. 102. Dieses Heft S. 248 Nr. 1 und die Note 1, ferner Seuffert Archiv Bd. XVII. Nr. 285, Bd. XXI. Nr. 19.

gezeichnet. (Die weitere hierüber folgende Ausführung kann hier übergangen werden.) Auch in der Landesvermessungskarte von 1825 sei der Hofraum der Wittwe M. gegen das N.'sche Anwesen und gegen die an diesem vorüber auf den gedachten Hofraum zuführende Ortsstraße hin nicht als abgeschlossen dargestellt, der Einzeichnung eines solchen Abschlusses in der Ergänzungskarte aber könne, da solche erst in neuerer Zeit von unbekannter Hand und ohne daß eine Begründung hiefür nachweislich wäre, erfolgt sei, kein Gewicht beigelegt werden. Endlich sei auch aus Anlaß des Verkaufes der Zehntscheuer an die Gemeinde E. im J. 1843 bei der unter Mitwirkung des Ehemannes und Besitzvorfahren der Wittwe M. als Angrenzers erfolgten und von ihm ausdrücklich anerkannten Feststellung der Grenzen des zu jener Scheuer gehörigen Hofraumes der südlich von diesem vorüberführenden öffentlichen Straße in einer Weise gedacht, welche nicht daran zweifeln lasse, daß dieselbe nicht als bei der Zehntscheuer endigend, sondern von dieser aus durch den M.'schen Hof gegen die von der entgegengesetzten Seite her in letztere einmündende Ortsstraße sich fortsetzend angesehen worden sei. — Dieß Alles werde durch die Aussagen der vernommenen Zeugen bestätigt, welche dahin gehen, daß stets allgemein und unbeanstandet, seit dem Jahre 1825 namentlich auch mit Langholzfuhrwerken über den M.'schen Hofraum gefahren worden sei. Daß der Weg aber als ein öffentlicher angesehen und als solcher mit der Ueberzeugung der Berechtigung hiezu benützt worden sei, müsse nach den Umständen, insbesondere im Hinblick auf die Lage des Hofraumes, zwischen zwei lediglich durch ihn ihre Fortsetzung findenden Ortsstraßen bis zum Beweise des Gegentheils, insbesondere einer bloß bittweisen Ausübung der Durchfahrt als unzweifelhaft angenommen werden. Einen solchen Gegenbeweis vermöge man in den hiefür angeführten Thatsachen (des vorübergehenden Abschlusses des Hofes für kurze Dauer aus besondere Anlässen, der Nichtbekiesung des

Hofes und der Nichterwähnung des öffentlichen Weges in dem Primärkataster und Güterbuch), namentlich auch nicht in dem Umstand finden, daß der Hof in dem Kaufinstrument vom 30. September 1814 als gegen Mittag an den Gottesacker stoßend bezeichnet sei, „da das Eigenthum der Wittwe M. an der Area des ganzen Hofes nicht bestritten und von der Gemeinde nicht etwa ein besonders auszuscheidendes Stück desselben als Gemeindeeigenthum in Anspruch genommen, sondern nur die Gestattung eines öffentlichen Weges über den im Uebrigen als Privateigenthum anerkannten Hof verlangt" werde. Eine gegen diese Entscheidung an den Königl. Geheimerath gerichtete Beschwerde wurde formell wegen Versäumung der Rekursfrist abgewiesen.

7) Zuständigkeit des Administrativrichters im Falle eines Streits über die auf einen Vertrag gestützte Unterhaltungspflicht eines Nachbarschaftsweges; Vertretung der Markung durch die Inhaber der zu derselben gehörigen Güter.

Am 7. Juni 1864 erhoben die Bauern von Wolfertsreute, Gemeindebezirks H., M. S. und Gen., bei dem Oberamte Saulgau gegen J. G. R. und Anton Sch. von Hangen, Gemeindebezirks Eichstegen Klage auf Erfüllung eines am 26. März 1835 zu Stande gekommenen Vertrags, durch welchen diese als Inhaber der eine eigene Markung Hangen bildenden Güter zur Theilnahme an der Unterhaltung einer angeblich auf der Markung Wolfertsreute liegenden, zur Verbindung von Hangen und Wolfertsreute dienenden, vor dem Vertrag von den Markungsgenossen von Hangen allein unterhaltenen Wegstrecke verpflichtet seien. Die Beklagten wendeten ein, daß der Weg auf der Markung Wolfertsreute liege, weder sie noch ihre Rechtsvorgänger jemals an dessen Unterhaltung sich betheiligt haben, daß insbesondere der Vertrag von 1835

für sie nicht bindend sei, von ihren Rechtsvorgängern nur für ihre Person habe abgeschlossen werden können; daß endlich neuerdings die Sachlage sich insofern geändert habe, als jetzt alle Wege des ganzen Gemeindebezirks Eichstegen von der Gemeinde erhalten werden, sie daher durch die Unterhaltung der außer der Gemeindemarkung liegenden Wegstrecke überbürdet wären. Die Gemeindevertretung von Eichstegen, von dem Oberamte zur Aeußerung aufgefordert, erklärte, daß, da die fragliche Wegstrecke auf der Markung Wolfertsreute liege, die Gemeinde deren Unterhaltung nicht übernehmen könne. Am 30. Dezember 1864 erkannte das Oberamt zu Gunsten der Kläger. In der hiegegen eingereichten Beschwerdeschrift trugen die Beklagten unter Wiederholung ihres Vorbringens in erster Instanz weiter folgendes vor: der in Frage stehende Weg sei für sie nicht nöthig und werde von ihnen nicht benützt, der Vertrag von 1835 sei nicht zum Vollzug gekommen, sei es, daß er von Anfang an nicht perfekt geworden oder durch gegenseitige Uebereinkunft wieder aufgehoben worden sei. Es fehle ihm auch die Bestätigung der Gemeindebehörde. Jedenfalls haben die Contrahenten nicht in Vertretung der Markung und Namens derselben, sondern nur für ihre Person zur Bereinigung vorübergehender Verhältnisse den Vertrag projektirt. Beide Markungen bilden keine juristische Persönlichkeit; nur die Gemeindebehörden hätten ein solches öffentlich rechtliches Verhältniß regeln können. Der Vertrag sei zudem wegen Unbestimmtheit ungültig, da die Wegstrecke nach Anfang und Ende nicht klar bezeichnet sei. Endlich sei für eine Klage aus dem Vertrag nicht die Administrativjustizbehörde, sondern nur der Civilrichter zuständig. Es werde daher um Abweisung der Kläger, eventuell um Verweisung ihrer Ansprüche an die Gemeinde Eichstegen zu besonderem Verfahren gebeten. Sowohl die Kreisregierung als das Ministerium des Innern wiesen die erhobenen Beschwerden durch Entscheidungen vom 19. Mai 1865 und 3. April 1866 ab. Ebenso

wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenraths vom 24. Oktober 1866 die weitere Beschwerde gegen die Ministerialentscheidung als unbegründet abgewiesen, und diese dahin bestätigt, daß die Rekurrenten schuldig seien, an Herstellung und Unterhaltung der fraglichen Wegstrecke nach Maßgabe des Vertrages vom 26. März 1835 Theil zu nehmen, wodurch übrigens über die in der Instanz des Königl. Geheimenrathes nicht in Verhandlung gekommene Frage, in wiefern die Gemeinde Eichstegen hiebei einzutreten habe, Nichts entschieden werden solle. Diese Entscheidung erfolgte unter Hinweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern in weiterer Erwägung, daß 1) nach Ausweis der vorliegenden Karten ein anderer Weg zwischen Wolfertsreute und Hangen, welcher auf der Grenzscheide zwischen den beiderseitigen Hofgütern liegt, überhaupt nicht existire, also in dem Vertrag vom 26. März 1835 nur die jetzt im Streit liegende Wegstrecke gemeint sein könne, daß 2) durch die gemeinderäthliche Verhandlung vom 12./27. December 1831 und die ihr vorausgegangenen ruggerichtlichen Verhandlungen außer Zweifel gesetzt sei, daß Hangen, wie die anderen Parzellen der Gemeinde, die Wege auf dortiger Markung für sich zu unterhalten gehabt habe, in welchem Verhältniß erst seit 1857 die Aenderung eingetreten sei, daß ein Theil des Wegunterhaltungsaufwandes, nämlich die Kosten der von den Parzellen zu besorgenden Kiesbeifuhr, auf die Gemeindekasse übernommen worden; 3) daß die damaligen Hofgutsbesitzer in Hangen, welche als solche zugleich Inhaber der Markung gewesen seien und die sachlichen Rechte und Pflichten, die sich an das Markungsverhältniß anknüpfen, allein zu vertreten gehabt haben, daher auch berechtigt gewesen seien, über die künftigen bisher unter den beiden angrenzenden Markungen im Streite gelegene Unterhaltung einer Wegstrecke den vorliegenden die beiderseitigen Verpflichtungen ohne Zeitbeschränkung, also für immer regelnden Vergleich vom 26. März 1835 abzuschließen, in welchem ein in Mitte liegender besonderer Privatrechtstitel

nirgends angezeigt sei und durch welchen seinem ganzen Zusammenhange nach eine öffentliche Verpflichtung der Markungskomplexe von Hangen und Wolfertsreute habe anerkannt werden sollen, für dessen Beurtheilung daher die Administrativjustizbehörden allein zuständig seien rc. (Die nun folgende Erörterung einer Vertragsbestimmung bietet kein allgemeines Interesse).

8) Wirkung eines Vertrags über Unterhaltung der Nachbarschaftswege nach Veränderung der Markungsverhältnisse. Zuständigkeit des Administrativgerichts.

In der Streitsache zwischen Carl K. vom Scheuelberger Hof und der Gemeinde Maulbronn wegen Unterhaltung eines Wegs hat der Königl. Geheimerath am 6. April 1870 folgenden Beschluß gefaßt:

In vorliegender Streitsache komme in Betracht:

1) In dem Kaufvertrage vom 14. September 1819 habe die Königl. Staatsfinanzverwaltung die ihr als Inhaberin der gesammten Klostermarkung gesetzlich obgelegene Verbindlichkeit zu Unterhaltung der öffentlichen Wege rücksichtlich der die Scheuelberger „Hofmarkung" durchziehenden Wege auf die Käufer dieses Hofs unter der weiteren Bestimmung übertragen, daß der Hof einer benachbarten Gemeinde einzuverleiben sei (§. 6), und, wie Wortlaut und Zusammenhang der §§. 6 und 7 ergeben, habe es sich hiebei um die im §. 1 des Königl. Edikts über die Gemeindeverfassung vom 31. December 1818, jetzt §. 1 des Verwaltungs-Edikts entsprechende Gestaltung der Markungs- und Gemeinde-Verhältnisse des von der exemten Domäne wegverkauften Hofs Scheuelberg, mithin um ein dem öffentlichen Recht angehöriges Verhältniß gehandelt.

2) Seitdem sei der im Streit liegende Weg nach dem Anerkenntniß des Klägers von den Hofbesitzern ausschließlich unterhalten, und die Vereinigung der Markungs- und

Gemeindeverhältnisse des Hofs sei auf die Verhandlungen über Bildung der Gemeinde Maulbronn ausgesetzt worden.

3) Da nach dem hierüber am 28. Februar bis 1. März 1838 zwischen der Staatsfinanzverwaltung und der Gemeinde Maulbronn abgeschlossenen Vertrag, insbesondere dem §. 1 desselben, die Gemeinde Maulbronn als Rechtsnachfolgerin der Staatsfinanzverwaltung in Betreff des Innehabens der Markung Maulbronn (mit den in §. 1 bemerkten Ausnahmen) anzusehen, so sei diese Gemeinde auch in das durch den Kaufvertrag von 1819 bestimmte Markungs-Verhältniß zu dem Hof Scheuelberg in so weit eingetreten, als nicht durch Uebereinkunft sämmtlicher Betheiligten eine Aenderung hierin getroffen worden.

4) Eine solche Aenderung sei nun allerdings dahin eingetreten, daß seitdem, mit Zustimmung sowohl der Hofbesitzer als der Gemeinde Maulbronn, der Complex des Hofguts Scheuelberg im Allgemeinen als Bestandtheil der Gemeinde-Markung Maulbronn bestimmt angesehen worden, wie denn die letztere, lediglich mit den in § 1 des Vertrags benannten Ausnahmen, aus der früheren Klostermarkung mit Einschluß des 1819 verkauften Scheuelberghofs gebildet und die von der Finanzverwaltung vertragsmäßig dargereichte Dotation der aus dem Klosterort und den Privathöfen gebildeten Gemeinde zugewendet worden sei, was sich alles daraus erkläre, daß man bei den Verhandlungen von 1835—38 den Scheuelberghof, als mit einer Gemeinde überhaupt noch nicht vereinigt, immer noch als Theil des Klostergebiets, seine Inhaber als Hintersassen des Klosters (Vertrag §§. 4 und 5) angesehen habe, allein ein Uebergang der den Käufern des Scheuelberghofes und gleichzeitigen Markungs-Inhabern obgelegenen Verbindlichkeit zu Unterhaltung der zum Hof gehörigen öffentlichen Wege auf die neue Gemeinde vermöge der Erstreckung ihrer Markung über den Hof, sei weder Kraft Gesetzes nothwendig eingetreten, da dieses einer anderweiten Rege-

lung und der Festsetzung besonderer Rechts-Verhältnisse, namentlich unter mehreren Orten einer Gemeinde (Verwaltungs-Edikt §. 1), über die Unterhaltungspflicht an öffentlichen Wegen nicht im Wege stehe, noch könne ein solcher Uebergang, worauf es zunächst ankomme, als von den Betheiligten beabsichtigt und vereinbart angenommen werden. Denn es liege einerseits dem Vertrage von 1838 und der lediglich durch ihn bewirkten Bildung der Gemeinde Maulbronn die wesentliche Voraussetzung zu Grunde, daß die neue Gemeinde für die zu übernehmenden Orts- und Markungslasten eine vollständige Entschädigung erhalte (§§. 42, 43) und die Staatsfinanzverwaltung habe nirgends die Absicht kund gethan, der Gemeinde zu Gunsten des Scheuelberghofs auch die Uebernahme der den Besitzern des Letzteren damals unbestritten obgelegenen Weglasten anzubedingen, wie denn Kläger selbst anerkenne, daß der streitige Weg in dem — dem Abfindungs-Vertrag zu Grund liegenden Verzeichniß der von der Gemeinde zu übernehmenden Wege nicht enthalten sei. Andererseits fehle es an jeder von der Gemeinde den Besitzern des Scheuelberghofs gegenüber abgegebenen Erklärung, wonach sie sich zu Uebernahme der diesen bisher obgelegenen Wegunterhaltungslasten verpflichtet hätte, ja selbst an einem dießfallsigen, bei jener Neugestaltung der Markungsverhältnisse von den Hofbesitzern gestellten Ansinnen an die Gemeinde. Jene haben sich vielmehr nach wie vor bis zu gegenwärtigem Rechtsstreite zu Unterhaltung des streitigen Weges insgesammt für verpflichtet gehalten und aus dem Anerkenntniß des Scheuelberghofes als eines Bestandtheils der neugebildeten Gemeindemarkung dürfe nach dem in Ziff. 3 und 5 Bemerkten nicht schon auf Uebernahme der betreffenden Wegelast auf die Gemeinde, auf die Einwilligung der letzteren dazu, die ihr für ihre anderweiten Lasten zu Theil gewordene Ausstattung auch für jene Wege zu verwenden, deren Erhaltung die Hofbesitzer vertragsmäßig von dem

Rechtsvorgänger der Gemeinde übernommen, die daher gar nicht Gegenstand irgend einer Verhandlung gewesen — geschlossen werden.

Endlich berufe sich Kläger mit Unrecht darauf, daß er als Mitinhaber des Hofs Scheuelberg die dortigen Wege selbst zu unterhalten und gleichzeitig an der Unterhaltung der übrigen Wege auf der Gemeindemarkung mitzubezahlen habe, da die Gemeinde für die letzteren mit entsprechenden Einkünften ausgestattet worden, die Steuerpflichtigen daher nicht hiefür in Anspruch nehmen werde.

In Betracht all' dessen sei unter Abänderung des Erkenntnisses des Königl. Ministerium des Innern vom 12. Oktober 1869 dasjenige der Königl. Kreisregierung vom 20. Oktober 1868 wiederherzustellen, demgemäß Karl K. vom Scheuelbergerhof mit seinem gegen die Gemeinde Maulbronn erhobenen Anspruch auf Herstellung des von der Freudensteiner Straße zum genannten Hof sich hinziehenden öffentlichen Wegs abzuweisen, übrigens im Kostenpunkt die von dem Königl. Ministerium des Innern erkannte Kompensation zu bestätigen und das Gleiche hinsichtlich der in dieser Instanz erwachsenen Kosten, insbesondere der mit dem gesetzlichen Zuschlag auf 22 fl. festgesetzten Sportel für gegenwärtiges Erkenntniß zu verfügen.

9) Thatsächliche Merkmale der Eigenschaft eines Wegs als Nachbarschaftswegs.

Durch Beschluß vom 25. August 1865 hat der Königl. Geheimerath eine Beschwerde des freiherrlich v. S.'schen Rentamts gegen das Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern vom 11. April 1865, durch welches die gegen drei Gemeinden erhobene Klage auf Unterhaltung eines angeblichen Vicinalweges zwischen Großschaffhausen und Hörnhausen abgewiesen worden war, als unbegründet verworfen, da 1) die Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftsweges zunächst auf der Thatsache der Benützung eines Wegs zum allgemeinen Verkehr zwischen mehreren Orten

beruhe, somit der Anspruch auf Anerkennung und Herstellung desselben als eines Nachbarschaftswegs durch den Beweis des Vorhandenseins dieser Thatsache zur Zeit der Geltendmachung jenes Anspruchs oder doch eine Versäumniß in der Unterhaltung bedingt, dieser Beweis aber — — nicht als erbracht anzusehen sei; 2) da ferner, wenn auch bis in die neuere Zeit der streitige Weg mitunter zum Verkehr benützt worden sei, hierauf der fragliche Anspruch umsoweniger gegründet werden könne, als von den zunächst betheiligten Gemeinden, sowie von den Wegpolizeibehörden die weiter vorhandenen und in regelmäßiger Unterhaltung stehenden Wege, auf welchen sich nach den Einräumungen des Beschwerdeführers der hauptsächliche Theil des Verkehrs seit vielen Jahren bewegt habe, ohne sich durch die größere Distanz zwischen den betreffenden Orten beschwert zu finden, für das Bedürfniß des Verkehrs überhaupt für ausreichend erklärt seien, 3) da endlich ein dem Anspruch zur Seite stehendes Anerkenntniß der Gemeinde Gr. — — nicht vorliege.

10) Klage auf Anerkennung eines Wegs als öffentlichen Nachbarschaftswegs gegen den Markungsinhaber. Bedeutung der Einträge in dem Primärkataster und der Flurkarte; Merkmale der Eigenschaft eines Vicinalwegs, thatsächliche Benützung, Absperrung, äußere Beschaffenheit des Wegs.

Zu der dem Müller G. B. gehörigen Fasanenmühle bei Hohebuch, OA. Oehringen, führen zwei Wege, deren einer unmittelbar beim Hofraum des Guts Hohebuch von der nach Waldenburg führenden Straße abzweigt und an dem jetzt abgebrochenen Fasanenhof zur Fasanenmühle führt, während der andere die Waldenburger Straße in der Nähe des sog. Fischhauses verläßt und an dem sog. Fasanensee vorüber zur Mühle führt. Der letztere Weg, welcher seit Erbauung der Eisenbahn von dieser durchschnitten wird

und in Folge hievon tiefer gelegt wurde, ist als öffentlicher Verbindungsweg anerkannt, der erste Weg bildete den Gegenstand des Streits. Derselbe ist in dem Primärkataster, sowie in dem Ergänzungsbande zum Primärkataster als Vicinalweg Nr. 2 nach dem Fasanenhof und als Besitzer desselben Dr. M. in N., der Besitzer von Hohebuch und des Fasanenhofs bezeichnet. Gegen diesen als Markungsinhaber erhob der Müller G. B. Klage auf Anerkennung des Wegs als öffentlichen Verbindungswegs, nachdem die Gesammtgemeinde W. die Vertretung dieses Anspruchs im administrativgerichtlichen Verfahren unter Anderem unter Berufung darauf abgelehnt hatte, daß die Richtigkeit der Bezeichnung des Wegs als Vicinalwegs mindestens zweifelhaft und die Gesammtgemeinde bei der Sache nicht betheiligt sei. Nach umfassenden Beweisaufnahmen über den Zustand und die thatsächliche Benützung des Wegs in den zwei ersten Instanzen wurde die Klage in Uebereinstimmung mit den vorinstanzlichen Entscheidungen von dem Ministerium des Innern am 5. Februar 1865 abgewiesen und diese Entscheidung mit folgendem begründet: Man könne davon absehen, ob der Kläger B., nachdem der Gemeinderath in W. die Eigenschaft des Wegs als öffentlichen in Zweifel gezogen und eben deßhalb die angesonnene Erhebung einer Klage abgelehnt habe, für sich allein zur Anstellung einer solchen befugt sei, da die Klage sich jedenfalls materiell als unbegründet darstelle. Durch die Aussagen der Zeugen sei zwar erwiesen, daß der fragliche Weg seit ungefähr 40 Jahren sowohl von dem Müller selbst als von einzelnen Kunden desselben benützt worden sei. Es stimme jedoch die Aussage aller Zeugen, welche über die Beschaffenheit des Wegs in früherer Zeit Auskunft zu geben wissen, darin überein, daß derselbe bis zu seiner gegen Ende der dreißiger oder Anfang der vierziger Jahre und zwar unzweifelhaft lediglich im Interesse des Hofguts Hohebuch selbst durch den Hofgutsverwalter bewerkstelligten Verbesserung, beziehungsweise Herstellung in

einem Zustande gewesen sei, welcher seine Benützung mit Fuhrwerken nur zeitweise, bei trockener Witterung gestattet habe, daß überhaupt von der Markungsgrenze an eine eigentliche Weganlage gar nicht vorhanden gewesen, sondern nur über den Grasboden, wie solcher von Natur beschaffen, gefahren worden sei, während man im Uebrigen den andern Weg benützt habe. Ferner sei als erwiesen anzunehmen, daß, wenn auch nicht ununterbrochen, eine sog. Wehre zum Absperren angebracht gewesen sei, durch welche wenigstens zeitweise die Hofgutsbesitzer den Weg für Auswärtige verschlossen haben, ohne daß gegen diese mit der Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftswegs nicht wohl verträgliche Anordnung von irgend einer Seite Einsprache erhoben worden wäre. Wenn gleichwohl der Weg im Primärkataster und in der Flurkarte als Vicinalweg nach dem Fasanenhof eingetragen sei, so könne hierauf in Ermanglung eines speziellen Anerkenntnisses dieses Eintrags durch den Eigenthümer des Hofguts Hohebuch, welcher übrigens auch als Besitzer des Wegs im Primärkataster bezeichnet sei und in Ermanglung einer jenem Eintrag vorangegangenen näheren Verhandlung und Untersuchung der Natur des Wegs eine Schlußfolgerung auf die Eigenschaft desselben als eines öffentlichen nicht gebaut werden. Das Gleiche gelte von der von dem Kläger für sich angeführten früheren Versteinung des Wegs, welche überdieß nach der Flurkarte nur auf einem Theil desselben vorhanden gewesen sei. (Die weiteren Gründe bieten kein allgemeines Interesse.)

Der von dem Kläger erhobene Rekurs an den Kgl. Geheimerath wegen der von dem Kgl. Ministerium des Innern beschlossenen Kostenzuscheidung hatte die Vergleichung der Kosten durch abändernden Beschluß des Geheimenraths vom 4. Mai 1865 zur Folge, welcher vorzüglich auf die Thatsache gestützt war, daß dem Kläger der Inhalt der öffentlichen Urkunden und die thatsächliche Benützung des Wegs zur Seite gestanden und daher sein Gesuch um eine weitere und nähere Prüfung der für seinen Anspruch geltend

gemachten Beweisgründe als gerechtfertigt anzusehen gewesen sei.

11) Klage auf Anerkennung eines Nachbarschaftswegs. Merkmale und Beweismittel der Eigenschaft eines solchen.

Zwischen den Orten Feckenhausen und Gölsdorf zieht sich in einem engen Thale ein Weg hin, welcher in dem Primärkataster von Gölsdorf als Vicinalweg Nr. 6 nach Feckenhausen, in dem Primärkataster von Feckenhausen als unbeständiger Feld- und Güterweg bezeichnet ist. Als Vicinalweg nach Gölsdorf bezeichnet dieses Kataster den vom Schönberger Weg sich abzweigenden, über den Jungbrunnen führenden Weg, welchen die Besitzer dieses Guts, soweit seine Güter gehen, zu unterhalten haben. Dieser Weg ist um $^5/_8$ Stunden länger, als der erstere, welcher sich zur Zeit der Klageanstellung in durchaus schlechtem, zum Theil wegen der bedeutenden Steigungen kaum passirbarem Zustand befand. Seit dem Jahr 1860 betrieb die Gemeinde Feckenhausen dessen Herstellung. Zuerst im polizeilichen Weg verhandelt wurde die Sache von dem Ministerium des Innern auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen, worauf die Gemeinde Feckenhausen im November 1862 bei dem Oberamt Rottweil Klage dahin erhob, daß die Gemeinde Gölsdorf den Weg als einen Nachbarschaftsweg anzuerkennen und alle Kosten des Streits allein zu tragen habe. Das Oberamt erkannte am 20. Mai 1863 nach Einvernahme von fünf zum Beweis der thatsächlichen Benützung des Wegs als Nachbarschaftswegs benannten Zeugen in Gemäßheit der Klagbitte. Am 11. Febr. 1865 erfolgte das abändernde Erkenntniß der Kreisregierung und am 9. Okt. 1866 das die erhobene Beschwerde abweisende Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern. Durch Beschluß vom 31. Januar 1867 wurde auch von dem Königl. Geheimerath die Beschwerde der Gemeinde Feckenhausen gegen die Entscheidung des Ministerium des

Innern, wodurch der Anspruch auf Anerkennung des fraglichen Wegs als eines Nachbarschaftswegs zurückgewiesen worden, unter Zuscheidung der Sportel von 15 fl. an die rekurrirende Gemeinde als unbegründet abgewiesen, in Betracht, daß 1) die Berufung der Gemeinde Feckenhausen auf die Primärkataster und Flurkarten schon deßhalb nicht als beweisend erscheine, weil der bestrittene Weg in ihrem eigenen Primärkataster nicht nur als unbeständiger Weg, sondern als unbeständiger und zu den Privatgrundstücken der Gemeinde gehöriger Feldweg, dagegen als Vicinalweg von Feckenhausen nach Gölsdorf der über Jungbrunnen führende Weg bezeichnet sei; 2) daß auch der Inhalt der Bohnenberger'schen Karte als einer bloßen Privatarbeit, welche nach den eigenen Angaben der Rekurrentin als unvollständig sich darstelle, nicht in Betracht kommen könne; 3) daß vielmehr der über Jungbrunnen führende Weg nach Gölsdorf als ordentlicher Verbindungsweg nicht nur für die rückwärts gelegenen Orte, sondern auch, der indirekten Richtung ungeachtet, für Feckenhausen selbst anzusehen sei, nachdem die vernommenen Zeugen die regelmäßige Benützung dieses Wegs zum Verkehr mit Fuhrwerken dargethan haben, nachdem ferner die Gemeinde Feckenhausen ihrer eigenen Angabe zu Folge, die Straße dorthin vor etwa 50 Jahren (zu welcher Zeit auch die Gemeinde Gölsdorf den fraglichen Weg verbessert habe) angelegt und nach dem Protokolle vom 16/17. April 1846 erst zu dieser Zeit mit Rücksicht auf den Umweg über Jungbrunnen die fahrbare Herstellung des Thalwegs, die Anlegung einer Straße dahin und zwar ohne Erfolg beantragt habe; 4) daß, wenn der Weg durch das Feckenhauser Thal gleichwohl noch theils zum Viehbetrieb theils zu einzelnen Fuhren in der Richtung nach Rottweil oder bei Mühlfuhren thalaufwärts benützt worden sei, dieß demselben die Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftswegs um so weniger beilege, als diese Benützung des Wegs überhaupt nur bei trockener Witterung und was die Fuhren betreffe, in der

Hauptsache nicht bis in die letzten Jahrzehnte stattgefunden habe, der geringe und vereinzelte Aufwand auf die Unterhaltung des Wegs aber schon aus seiner Benützung als Feld-, Holz- und Steinabfuhrweg sich erkläre.

12) Klage auf Anerkennung eines Nachbarschaftswegs. Der Titel der unvordenklichen Verjährung oder des Herkommens setzt den Beweis der Absicht, ein Recht auszuüben, voraus.

Erkenntniß des Ministerium des Innern vom 1. November 1864.

In der Streitsache zwischen den Gemeinden Frickenhausen, Neudern und Genossen und der Stadtgemeinde Nürtingen wegen Herstellung eines öffentlichen Verbindungswegs zwischen Frickenhausen und Neudern wird in Erwägung

1) daß nach dem Augenscheinserfund vom 23. September 1840 und dem hierauf gebauten technischen Gutachten ein die Verbindung zwischen Frickenhausen und Neudern vermittelnder Weg auf Nürtinger Markung von der Tiefenbachthalstraße aus über die Börlenbergegart bis zur Markung Neudern bisher nicht bestanden hat, wie denn auch nach dem eigenen Anerkenntnisse der klagenden Gemeinden ein planmäßig angelegter besonders ausgeschiedener oder versteinter Weg über die Börlenbergegart nicht vorhanden war; daß vielmehr erhobenermaßen von dem einen Ende dieser bis zum Jahr 1849 unkultivirten Allmandfläche zum andern in ganz beliebiger Richtung über den Wasenboden gefahren wurde, während die übrigen von Frickenhausen beziehungsweise Neudern aus gegen die Börlenbergegart hinziehenden Wege nach ihrer ganzen Anlage nur Feld-, Güter- und Holzabfuhrwege waren und offenbar nicht die Bestimmung hatten, den Nachbarschaftsverkehr zwischen den beiden genannten Orten zu vermitteln;

2) Daß die bloße Thatsache der wenn auch noch so lange Zeit hindurch fortdauernden gelegentlichen Benützung

der Möglichkeit, in der angegebenen Weise von Fricken=hausen nach Neudern und umgekehrt zu Fuße, mit Vieh oder auch mit leichten Fuhrwerken zu gelangen, für sich allein in Anbetracht der Beschaffenheit des einzuschlagenden Weges und bei dem Umstande, daß die Stadtgemeinde Nürtingen einen solchen Verkehr in so lange, als die Börlenbergegart öde lag, zu verhindern keinen Grund hatte, ein Recht auf die Benützung und demzufolge auf ordnungs=mäßige Herstellung und Unterhaltung des fraglichen Wegs als eines öffentlichen Verbindungsweges für die klagenden Gemeinden oder deren Angehörige nicht zu begründen ver=mochte, sonstige Umstände aber, aus welchen auf die Existenz einer solchen Berechtigung geschlossen werden könnte, überall nicht vorliegen; insbesondere auch aus den klägerischerseits in Bezug genommenen Einträgen im Nürtinger Stadtlager=buch von 1568 und im Frickenhauser Wegbuch von 1761 in Ermanglung näherer Anhaltspunkte für die Identität der dort erwähnten Straße gegen Kirchheim mit dem den Gegenstand des gegenwärtigen Streits bildenden Wege Nichts zu Gunsten der klagenden Partei entnommen werden kann, während andrerseits gegen die Unterstellung einer auf klägerischer Seite vorhandenen Ueberzeugung von dem Bestehen eines Rechts auf die Benützung des in Frage stehenden Wegs auch noch der Umstand spricht, daß sich die klagenden Gemeinden bei der durch den Umbruch der Börlenbergegart herbeigeführten Einstellung des Verkehrs über diese Fläche eine Reihe von Jahren hindurch voll=ständig beruhigt haben;

3) in Erwägung sodann, daß von einem öffentlichen Bedürfnisse zur Herstellung eines bisher rechtlich nicht be=standenen Nachbarschaftswegs zwischen Neudern und Fricken=hausen in der von den Klägern bezeichneten Richtung keine Rede sein kann, da eine beide Orte miteinander verbindende, wenn auch etwas weitere Vicinalstraße bereits vorhanden ist;

4) in Erwägung endlich, was den Kostenpunkt betrifft, daß die klägerische Partei, wenn gleich in der Hauptsache

unterliegend, doch bei dem ihr zur Seite stehenden faktischen Zustand, wie solcher erwiesenermaßen lange Zeit hindurch bestanden hatte und durch provisorische Verfügungen zu wiederholten Malen aufrecht erhalten worden war, immerhin billige Ursachen zum Rechten hatte;

aus diesen Gründen wird, unter Bestätigung der Regierungsentscheidung vom 12. Juni v. J. in der Hauptsache und unter Abänderung derselben im Kostenpunkte erkannt: es seien die klagenden Gemeinden mit ihrem Anspruch auf Herstellung und Unterhaltung eines von Frickenhausen nach Neudern führenden Nachbarschaftswegs durch den Stadtwald Mochenhalde über die Börlenbergländer bis zur Markung Neudern abzuweisen, übrigens habe jede Partei die in sämmtlichen Instanzen von ihr aufgewendeten Kosten ohne Ersatz auf sich zu leiden und an den Sporteln, welch' letztere für die gegenwärtige Instanz auf 12 fl. festgesetzt werden, die Hälfte zu bezahlen.

Diese Ministerialentscheidung wurde durch Entscheidung des Königl. Geheimenraths vom 18. April 1865 unter Hinweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern bestätigt.

13) Klage auf Anerkennung eines öffentlichen Verbindungswegs. Der Titel des unvordenklichen Herkommens setzt den Beweis voraus, daß ein Weg von jeher in der Absicht, ein Recht auszuüben, benützt worden ist.

Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern vom 19. Mai 1870.

In der Rekurssache zwischen der Gemeinde Trochtelfingen, Beklagte, Rekurrentin, und dem Müller Georg Sch. von der Holzmühle, Kläger, Rekursen, die Benützung eines Wegs auf Trochtelfinger Markung als öffentlichen Verbindungswegs betreffend, wird in Erwägung

1) daß zwar durch die Aussagen der vernommenen Zeugen, welche bis auf das Jahr 1811 zurückgehen und bis auf das Jahr 1863 herab sich erstrecken, also einen

Zeitraum von ungefähr 50 Jahren umfassen, der Beweis als erbracht angenommen werden kann, daß innerhalb dieses Zeitraums die Benützung des in Frage stehenden Wegs, und zwar bis zum Jahr 1818 in allgemeinerer Weise, von da an wenigstens für die Zwecke der Holzmühle auch zu andern als landwirthschaftlichen Fuhren stattgefunden hat, daß derselbe insbesondere von der Holzmühle aus zu Fuhren auf die Schranne nach Nördlingen u. s. w. nicht selten benützt wurde; daß jedoch

2) der Beweis eines unvordenklichen Herkommens in diesen Zeugenaussagen schon aus dem Grund nicht gefunden werden kann, weil dieselben durchweg nur auf eigene Wahrnehmungen aus einer bestimmten, bei einzelnen Zeugen überdieß kurz bemessenen Zeit sich beziehen, und dafür, daß der Zustand von jeher so gewesen, kein Zeugniß vorliegt; daß es aber abgesehen hievon

3) an dem Nachweis dafür fehlt, daß die Benützung des Wegs in der auf Ausübung eines Rechts gerichteten Absicht, d. h. in dem vorliegenden Falle in der Meinung erfolgte, daß es sich hiebei um einen dem allgemeinen Gebrauch dienenden öffentlichen Verkehrsweg handle, indem vielmehr hiegegen nicht blos der Umstand spricht, daß der Weg, soweit er durch das Privateigenthum des Holzmüllers führt, und welche Strecke einen zur Herstellung einer Verbindung nothwendigen Theil des ganzen Wegs bildet, durch einseitige Veranstaltung des Eigenthümers, und ohne daß er hiegegen von irgend einer Seite eine Einsprache erfuhr, verlegt wurde, sondern gegen die Annahme der Eigenschaft eines Verbindungswegs namentlich der Umstand schwer in die Wagschale fällt, daß, was von dem Besitzvorgänger des Klägers, Konrad B., der etwa 30 Jahre im Besitz des Anwesens war, selbst bezeugt ist, dieser den Leuten, die nicht zu seiner Mühle fuhren, und mit denen er nichts zu schaffen hatte, das Befahren des Wegs, soweit er über seinen Grund und Boden führte, untersagte, ein Vorgehen, wodurch derselbe unzwei-

deutig kundgab, daß er den Weg nicht für einen dem allgemeinen Gebrauch offenstehenden Verkehrsweg halte, woraus weiter folgt, daß auch die Benützung des Wegs von seiner Seite nicht in der Meinung geschehen konnte, daß demselben die Eigenschaft eines berechtigten Vicinalwegs zukomme; daß indessen

4) gegen die Annahme dieser Eigenschaft auf die Beschaffenheit des Wegs, dessen Unterhaltung bis in die neueste Zeit von keiner Seite in Anspruch genommen wurde, sowie der Umstand spricht, daß der in der Landesvermessungskarte als Feldweg Nr. 8 eingezeichnete Weg auf der Markung Trochtelfingen aufhört, und eine Fortsetzung über das Areal der Holzmühle sich nicht eingezeichnet findet;

aus diesen Gründen wird, unter Abänderung der Entscheidung der Königl. Kreisregierung vom 19. Januar d. J. das oberamtliche Erkenntniß vom 11. Mai v. J., wodurch der Anspruch des Klägers auf Benützung des im Streit befangenen, im Regierungserkenntniß näher bezeichneten Wegs als eines öffentlichen Verbindungswegs abgewiesen wurde, wiederhergestellt. Im Kostenpunkt hat es bei der Entscheidung der Königl. Kreisregierung sein Verbleiben und hat auch in dieser Instanz jede Partei die von ihr aufgewendeten Kosten auf sich zu leiden und an der Sportel im Betrag von 6 fl. 36 kr. die Hälfte zu entrichten.

Diese Entscheidung wurde durch Erkenntniß des Königl. Geheimeraths vom 20. Februar 1871 unter Hinweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern bestätigt.

14) Klage auf Anerkennung eines öffentlichen Verbindungsweges. Beweislast des Klägers. Einrede der gewaltsamen (heimlichen) und vergünstigungsweisen Benützung des Weges. Absperrung desselben durch Wehren. Die Beschränkung der Benützung auf einzelne Höfe

spricht gegen die Eigenschaft eines öffentlichen Weges.[1]

Entscheidung des Ministerium des Innern vom 21. Juni 1871.

In der Rekurssache des Stiftungsrathes zu Gmünd gegen J. Kl. und Genossen von Ziegerhof, Gemeindebezirks Groß-Deinbach, Oberamts Welzheim, Wegstreit betreffend, wird der Kreisregierung unter Rückanschluß der Akten Nachstehendes zu erkennen gegeben:

Daß die Besitzer des Ziegerhofes das bestrittene Bestehen des von ihnen in Anspruch genommenen öffentlichen Verbindungsweges zwischen Ziegerhof und Lorch resp. Gmünd zu beweisen haben, unterliegt keinem Zweifel. Dieser Beweis kann aber aus folgenden Gründen nicht als erbracht angesehen werden:

1) Was zunächst den Vertrag vom 13. Oktober 1790 betrifft, durch welchen den Besitzern der Schönbronner Höfe das Recht der Durchfahrt durch den Catharinenwald und das Mönchholz auf die Landstraße von den Eigenthümern der genannten Waldungen im Vergleichswege gegen Uebernahme von $^2/_3$ der Kosten der Herstellung des Weges in einen guten und fahrbaren Stand und der beständigen Unterhaltung desselben eingeräumt, zugleich aber festgesetzt worden ist, daß dieser Weg oben und unten mit einer stets verschlossen zu haltenden Wehre versehen und sonsten Niemanden diese Fahrt gestattet werden solle, so kann darüber kein Zweifel bestehen, daß hiedurch dem fraglichen Wege die Eigenschaft eines öffentlichen Verbindungsweges nicht verliehen werden wollte und nicht verliehen worden ist. Der ganze Inhalt des Vertrags, die Einräumung des Ueberfahrtsrechtes einzig an die Besitzer der Schönbronner Höfe und zwar gegen Uebernahme der Verbindlichkeit zur Theilnahme an den Kosten der Herstellung und der künftigen Unterhaltung des Weges, die ausdrück-

[1] Vergl. übrigens unten Nr. 19.

lich ausgesprochene Ausschließung jedes Andern vom Gebrauche desselben und die behufs Erreichung dieses Zweckes getroffene Verabredung seines Abschlusses auf beiden Seiten mittelst Schranken beweist entschieden das Gegentheil, nämlich die ganz bestimmte Absicht der Contrahenten und insbesondere der Eigenthümer der Waldungen, welche der nach seiner ganzen äußeren Erscheinung und sonstigen Beschaffenheit nur als ein Holzabfuhrweg sich darstellende, auch von dem übrigen Eigenthum der Waldbesitzer nicht abgegrenzte Weg durchzieht, die Benützung desselben auf einige wenige Berechtigte zu beschränken und gegen jede Ausdehnung dieser Benützung auf einen weiteren Kreis, namentlich also gegen die Behandlung des Weges als eines öffentlichen, d. h. Jedermanns Gebrauch offenstehenden, sich ein für alle Male im Voraus sicher zu stellen.

In wie weit dieses vertragsmäßig festgestellte Rechtsverhältniß durch die spätere Einverleibung der vormaligen Reichsstadt Gmünd in das Königreich Württemberg und die Einführung des Württ. Rechtes in dem reichsstädtischen Gebiete ohne Weiteres in seinen wesentlichen Bestimmungen aufgehoben worden sein sollte, ist nicht einzusehen und vermag man daher die Ansicht der Königl. Kreisregierung, daß wenigstens von diesem Zeitpunkte an die Benützung des Weges von selbst Jedermann gestattet und seine Abschließung mit Wehren nicht mehr zulässig gewesen sei, nicht zu theilen.

2) Von selbst versteht es sich, daß der angeführte Vertrag den Rechten Dritter, bei seinem Abschlusse nicht betheiligter Personen nicht präjudiciren, daß folglich durch denselben weder eine den Ziegerhofbesitzern schon damals erworbene Weggerechtigkeit entzogen, noch die Erwerbung einer solchen für die Folgezeit ausgeschlossen werden konnte. Allein dafür, daß etwa schon im Jahr 1790 ein öffentlicher Verbindungsweg zwischen Reitprechts, Ziegerhof und Schönbronn einer- und Gmünd beziehungsweise Lorch andererseits

seits durch den Catharinenwald und das Mönchholz bestanden hätte, fehlt es an jeglichem Nachweis und auch der Beweis, daß inzwischen eine solche öffentliche Wegdienstbarkeit vermöge erwerbender Verjährung ihre Entstehung erhalten habe, kann nicht als erbracht angesehen werden.

Die Vertrags-Urkunde vom 13. October 1790 — das älteste auf den fraglichen Weg sich beziehende Dokument — erwähnt zwar eines schon damals bestehenden Fahrweges von den Schönbronner Höfen durch das Catharinenholz und Mönchholz über den Spänwasen und die Rems zur chaussirten Landstraße nach der Stadt mit dem Bemerken, daß solchen die Besitzer der Schönbronner Höfe als den gewöhnlichen und berechtigten auf Grund vieljährigen Besitzstandes für sich in Anspruch nehmen. Abgesehen jedoch davon, daß über die Dauer und Rechtmäßigkeit dieses Besitzstandes die Urkunde keinen näheren Aufschluß giebt, so spricht dieselbe von einem vieljährigen Besitzstande überhaupt nur in Beziehung auf die Besitzer der Schönbronner Höfe, während daneben von einem andern, meistentheils gebrauchten Wege, dessen sich „die Lenglinger und Andere“ bedienen, die Rede ist. Für die Benützung des im Streit liegenden Weges durch die Ziegerhofbesitzer schon vor dem Jahre 1790 kann daher aus dieser Urkunde selbst lediglich kein Beweis entnommen werden. Die aus alten Lagerbüchern, in welchen der Ziegerhof „Schönbronn oder Ziegerhof“ genannt ist, abgeleitete Vermuthung, daß unter den in der Urkunde von 1790 genannten Schönbronner Höfen auch der Ziegerhof mitbegriffen sei, wird abgesehen davon, daß diese Bezeichnung des damals schon in anderen Händen, als die Schönbronner Höfe befindlichen und eine eigene Markung bildenden Ziegerhofs gegen Ende des vorigen Jahrhunderts nicht mehr gebräuchlich gewesen zu sein scheint, jedenfalls dadurch widerlegt, daß an einer anderen Stelle der Urkunde von den beiden Schönbronner Bauern als den jeweiligen Besitzern der Schönbronner Höfe die Rede ist, worunter unzweifelhaft

nur die Gmünd'schen Schönbronner Bauern zu verstehen sind; wie dann auch die Ziegerhofbauern ihre resp. ihrer Besitzvorfahren Betheiligung an dem den Hauptinhalt der Urkunde von 1790 bildenden Vertrag zwischen den Besitzern der Schönbronner Höfe und den Eigenthümern des Catharinenwaldes und des Mönchholzes entschieden in Abrede ziehen.

Was sodann die Zeit seit dem Jahre 1790 betrifft, so haben zwar die 3 klägerischer Seits producirten Zeugen Leonhard Sch., Joh. Sch. und Joh. L. von Reitprechts — und zwar der erste für die Zeit bis in die letzten Jahre des vorigen Jahrhunderts, der zweite (mit einigen Unterbrechungen) bis zum Jahre 1816 rückwärts und der dritte ungefähr für den gleichen Zeitraum — angegeben, daß man den Weg in Frage im Glauben, dazu berechtigt zu sein, stets gefahren sei, um von Reitprechts und Ziegerhof nach Lorch zu gelangen; es haben ferner die Gemeinderäthe von Rechberg und von Weißgoldingen bezeugt, daß von dortigen Einwohnern und angrenzenden Hofbesitzern der fragliche Weg zum Besuche der Viehmärkte in Lorch, Altdorf 2c. stets benützt worden sei. Auf der anderen Seite ist jedoch als erwiesen anzunehmen, daß an dem Wege wenigstens zeitweise zum Zeichen des Verbotes seiner Benützung Schranken angebracht waren. Spricht schon an sich alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Absperrung des Weges für dritte durch sogenannte Wehren, welcher in dem Vertrage vom 13. Oktober 1790 so viel Gewicht beigelegt wurde, in der Folge auch wirklich stattgefunden habe, so ergiebt sich dieß auch aus den Aussagen der obengenannten Zeugen, von welchen Johs. Sch. wenigstens davon gehört hat, daß früher einmal Wehren am Weg angebracht gewesen seien, während der Zeuge Leonhard Sch. äußert, es seien allerdings auch Wehren angebracht gewesen, zum Zeichen, daß der Weg verboten sei, und seine eigenen Wahrnehmungen hierüber dahin angiebt, daß am Mönchholz eine (übrigens seines Wissens

nur einmal verschlossen gewesene) und gewiß schon 40 Jahre entfernte Wehre vorhanden, ferner oben an der Schönbronner Markung gleichfalls eine solche vor 30 und mehr Jahren angebracht gewesen sei, der Zeuge Joseph L. endlich anführt, daß der Weg zu seiner Zeit — er glaube in den 1830er Jahren — durch Wehren abgesperrt worden sei, daß man sich dieß aber nicht gefallen lassen, sondern die Wehren heraus gerissen habe.

Weiterhin ergiebt sich aus einigen von dem Stiftungsrath Gmünd übergebenen Aktenstücken aus den Jahren 1834, 1835 und 1839 und aus den Akten des Königl. Oberamts Welzheim, sowie des Königl. Forstamts Lorch von 1835/36, daß im Jahre 1834 am Ausgange des Waldes Wehren angebracht waren und im Jahre 1835 zwei neue Wehren oben und unten am Wald angebracht wurden; daß, als im November 1835 die Ziegerhofbauern, welchen auf den Antrag der Kirchen- und Schulpflege Gmünd das Verbot des Weges von Neuem eröffnet wurde, gegen diese Abschließung des Weges unter Androhung eigenmächtiger Aufreißung der Wehren protestirten, das Forstamt Lorch ihre Protestation als unberechtigt zurückwies und daß schließlich denselben auf Verwendung des Kameralamts Lorch vom Forstamt aus einstweilen die Erlaubniß, den Weg passiren zu dürfen, ertheilt wurde, wobei sie sich damals beruhigten; daß endlich am 20. Januar 1839 auf Antrag der Kirchen- und Schulpflege Gmünd den beiden Schönbronner Bauern wiederholt eingeschärft wurde, daß sie die Wehren auf dem Waldweg zu ihrem Hofe vorschriftsmäßig geschlossen zu halten haben.

Wenn unter diesen Umständen die Ziegerhofbauern den Weg in Frage gleichwohl zu ihrem Verkehr mit Lorch und Gmünd benützt haben, so kann nur angenommen werden, daß dieß theils gegen das ausdrücklich und thatsächlich (durch die Anbringung von Schranken) ausgesprochene Verbot (vi), theils mit besonderer Erlaubniß der Eigenthümer des Weges (precario) geschehen sei und

steht ihnen somit ein zur Erwerbung der Wegdienstbarkeit durch Verjährung geeigenschafteter fehlerfreier Besitz nicht zur Seite.

3) Bei den angeführten thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen kann endlich auch der Bezeichnung des Weges als Vicinalweg in den Primärkatastern von Gmünd und Straßdorf und in der Flurkarte, sowie dem Umstande, daß die Grundfläche desselben, soweit er durch den Staatswald Mönchholz geht, steuerfrei gelassen worden ist, ein erhebliches Gewicht zu Gunsten des klägerischen Anspruchs nicht beigelegt werden, zumal diese Thatsachen schon darin, daß der Weg für die Besitzer der Schönbronner Höfe vertragsmäßig als Verbindungsweg mit Gmünd und Lorch beständig offen gehalten werden muß, einen genügenden Erklärungsgrund finden; während der Eintrag in der Wegbeschreibung des Reviers Gmünd schon seinem Wortlaute nach nichts für den Anspruch der Ziegerhofbauern beweisen kann, indem hier der Bezeichnung des „Schönbronner Weges" als eines nicht chaussirten (Vicinal-) Weges ausdrücklich die Bemerkung beigefügt ist, daß derselbe von den Schönbronner Bauern und dem Spital mitbenützt werde.

In vorstehenden Erwägungen will man die Regierungsentscheidung vom 28. Februar v. J., durch welche der in Rede stehenden Wegstrecke von der Schönbronner Markungsgrenze an, durch den großen Catharinenwald und das Mönchholz über die Rems bis zu der Staatsstraße, von Lorch nach Gmünd die Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftsweges zuerkannt und der Stiftungsrath Gmünd für nicht berechtigt erklärt worden ist, diesen Weg abzusperren, hiemit, unter Vergleichung übrigens der von den Parteien in sämmtlichen Instanzen aufgewendeten Kosten und der für die gegenwärtige Instanz auf 12 fl. 6 kr. festgesetzten Sportel, abgeändert und die Besitzer des Ziegerhofes mit ihrem Anspruche auf die Benützung des bezeichneten Weges als eines öffentlichen abgewiesen haben.

Durch Erkenntniß des Königl. Geheimenrathes vom 16. November 1871 wurde diese Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern unter Hinweisung auf die derselben beigefügten Gründe mit dem Anfügen bestätigt, daß hiernach dahin gestellt bleiben könne, ob die Kläger, Rekurrenten die rechten Beklagten belangt haben, insbesondere, ob die Klage statt gegen den Stiftungsrath in Gmünd, nicht vielmehr gegen den dortigen Gemeinderath hätte gerichtet werden sollen.

15) Beweiskraft des Güterbuches und Güterbuchsprotokolles hinsichtlich der öffentlichen Eigenschaft eines Weges. Die thatsächliche Benützung des von einem Hofgutsbesitzer unterhaltenen Weges durch Dritte beweist nichts für dessen öffentliche Eigenschaft, wenn die Benützung nicht in der Meinung einer Berechtigung, sondern vergünstigungsweise stattgefunden hat. Die Behauptung einer opinione juris stattgehabten Benützung durch bestimmte einzelne Personen giebt nur einen privatrechtlichen Anspruch.

J. Dr. von Bellamont erhob bei dem Oberamt B. gegen den F. H. von dort eine negatorische Klage. Er bat zu erkennen, daß dem Beklagten ein Recht nicht zustehe, den auf der Markungskarte I. mit n—m bezeichneten Weg in der Eigenschaft als öffentlichen Weg zu benützen. Der Beklagte hatte sich für die öffentliche Eigenschaft des durch das Hofgut des Klägers sich hinziehenden von dem Kläger zu unterhaltenden Weges auf ein Urbarium von 1732, auf das Journal über die Vermessung der Güter aus Anlaß der Vereinödung in Bellamont vom Jahre 1792 und auf einen Eintrag in einer alten Flurkarte in Bellamont berufen, in welchen dieser Weg erwähnt sei. Er konnte jedoch, wie in den ein allgemeines Interesse in diesem Theile nicht bietenden Gründen des Königl. Ministerium des

Innern und des Königl. Geheimenrathes ausgeführt ist, die Identität des in diesen Urkunden erwähnten Weges mit dem im Streit begriffenen Weg nicht nachweisen. Außerdem hatte der Beklagte für seine Behauptung der öffentlichen Eigenschaft des Weges einen Eintrag in dem Güterbuch und die thatsächlich durch Zeugen zu erweisende Benützung des Weges angeführt. Hierüber enthalten die Gründe der Ministerialentscheidung vom 9. November 1869 folgende Ausführung: Es komme in Betracht, daß wenn je der fragliche Weg früher die Eigenschaft eines öffentlichen Weges gehabt hätte, nach dem Ergebniß der sonstigen Erhebungen anzunehmen sei, daß er solche nicht beibehalten habe. Es ist in dieser Beziehung zunächst anzuführen, sagen die Gründe weiter, 2) „der Inhalt des Güterbuchsprotokolls von Bellamont, welches einen Eintrag über Ausmittelung und Feststellung der Wegunterhaltungspflicht in der Gemeinde enthält und hiebei unterscheidet zwischen den Wegen, welche von der politischen Gemeinde und solchen, welche von den Gemeinderechtsbesitzern und endlich denjenigen, welche von den Güterbesitzern unterhalten werden müssen, die letzteren aber als solche bezeichnet, deren die Güterbesitzer allein bedürfen und unter den letzteren, somit unter den Privatwegen auch den im Streit begriffenen Weg aufführt. Aus dem Güterbuch ergiebt sich zugleich, daß der Eintrag in demselben lediglich auf dieser Feststellung im Güterbuchprotokoll beruht und es ist hiemit von selbst das Argument beseitigt, welches für die öffentliche Eigenschaft des Weges aus jenem Eintrag deßhalb abgeleitet werden will, weil bei einem Privatweg die Verpflichtung des Klägers zu dessen Unterhaltung sich von selbst verstehen würde und es jener Vormerkung nicht erst bedurft hätte. Denn es konnte sich gerade darum handeln, zu konstatiren, daß der Weg in die Kategorie der Privatwege gehöre und deßhalb von dem Eigenthümer zu unterhalten sei. 3) Nicht zu Gunsten des Beklagten, sondern vielmehr zu Gunsten des Klägers ist das Ergebniß des

Zeugenbeweises über die seitherige Benützung des Weges ausgefallen, insofern Keiner der vernommenen Zeugen auszusagen wußte, daß er den Weg für einen berechtigten angesehen und als solchen benützt habe, wohl aber die Mehrzahl der Zeugen die Behauptung des Klägers bestätigt hat, daß die Benützung des Weges von ihrer Seite auf einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Vergünstigung des Klägers beruht habe." Dieß finde seine Bestätigung auch in dem Umstand, daß vor 15 oder 16 Jahren die Gemeinde dem Kläger für die Benützung des Weges zu Kiesfuhren eine Entschädigung gewährt habe; es bilde sodann die Aeußerung des Gemeinderathes ein erhebliches Zeugniß dafür, daß der Weg in der öffentlichen Meinung nicht als ein öffentlicher gelte. Wenn der Beklagte mit Berufung darauf, daß speziell von ihm und seinen Rechtsvorfahren der Weg nicht bloß vergünstigungsweise benützt worden sei, für sich ein besonderes Recht, eine, wie sich die Rekursschrift selbst ausdrücke, privatrechtliche Dienstbarkeit in Anspruch nehmen zu können glaube, so bleibe ihm überlassen, sich mit diesem Anspruch an den zuständigen Civilrichter zu wenden.

16) Berechnung der Rekurssumme bei einem Streit über die öffentliche Eigenschaft eines Weges. Merkmale der Eigenschaft eines solchen.

Der Sägmüller Z. in Wörth, Oberamt Ellwangen, erhob als Besitzer eines von ihm im Jahre 1863 erworbenen ausgetrockneten Weihers auf Königsrother Markung gegen die Nachbarn W. und Kl., den Besitzer der Jammermühle, im September 1865 Klage, in welcher er denselben die Benützung eines Weges, welcher über den unter dem Weiher befindlichen Damm von der Königsrother Mühle führt und über eine gewölbte Brücke und die Vicinalstraße von Dürrenstetten nach Wörth sich fortsetzt, zu anderen Zwecken, als zur Bewirthschaftung ihrer auf der Markung

Wörth gelegenen Güter streitig machte. Die Beklagten beriefen sich hiegegen auf die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen Verbindungsweges und nahmen ein unbeschränktes Benützungsrecht desselben in Anspruch. In sämmtlichen Instanzen, durch Ministerialentscheidung vom 4. Januar 1870 und durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 6. April 1870 wurde gegen den Kläger zu Gunsten der Beklagten erkannt. Die Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern, auf deren Gründe der Königl. Geheimerath verwies, lautet:

1) Die Statthaftigkeit der Rekursbeschwerde wegen Nichtvorhandenseins der zum Rekurs erforderlichen Streitsumme kann mit Grund nicht beanstandet werden, da der Streitgegenstand seiner Natur nach eine bestimmte Schätzung nicht zuläßt. Das als Streitwerth in Betracht kommende Interesse des Klägers, Rekurrenten, besteht nämlich nicht blos in der durch die angesprochene Wegberechtigung herbeigeführten allenfalls schätzbaren Werthminderung des dienenden Grundstückes, sondern auch in der Erhöhung der dem Rekurrenten obliegenden Unterhaltungslast der fraglichen Wegstrecke und Brücke, die nicht schätzbar ist, da sich die Frequenz der Benützung des Weges und deren Einfluß auf die Baulast nicht zum Voraus bemessen läßt.

2) Die erhobene Beschwerde ist aber materiell nicht begründet. Daß die im Streit begriffene Wegstrecke einschließlich des Brückchens die Eigenschaft eines öffentlichen, nicht blos Privatzwecken des Rekurrenten dienenden Weges hat, geht neben dem Ergebniß des Beweiseinzuges, aus den eigenen Einräumungen desselben hervor, insofern er die Benützung des Weges nicht blos zur Leichenbestattung zugiebt, sondern auch in einer von ihm selbst zu den Akten gegebenen Erklärung ausdrücklich anerkannt hat, daß der Weg, was er jetzt nicht mehr zugeben will, mit Feldprodukten befahren werden dürfe und nur die Fuhren zu gewerblichen Zwecken eingestellt wissen wollte. Es ist jedoch auch diese Einsprache unbegründet.

Wenn man auch auf das Zeugniß des Gemeinderathes von Wörth vom 27. September 1865 im Hinblick auf die hiemit in einigem Widerspruch stehenden früheren Aeußerungen desselben keinen Beweiswerth legen will, so ergiebt sich dagegen aus den Aussagen einer großen Anzahl der in den vorigen und in dieser Instanz vernommenen Zeugen, daß der Weg, wenn er auch seiner hauptsächlichen Bestimmung nach ein Feld- und Güterweg sein mag, doch seit Menschengedenken stets nach Bedürfniß auch zu anderen Fuhren, namentlich zur Vermittelung des Verkehrs mit der Jammermühle, in vielfacher Weise benützt wurde, ohne daß mit Ausnahme ganz vereinzelter Fälle, von denen überdieß keiner in die neueste Zeit kurz vor Ausbruch des Prozesses fällt, bei den anderen, wenigstens nach dem vorliegenden Protokoll die Einsprache nur gegen das Befahren der Wiesentheile außerhalb des Weges sich richtete, die Benützung des Weges, welche dem Kläger und seinem Besitzvorgänger nicht unbemerkt bleiben konnte, und wie aus dem Zeugniß des Leonhard M. sich ergiebt, es auch nicht blieb, irgendwie beanstandet worden wäre, so daß hienach kein Grund vorliegt, daran zu zweifeln, daß jene Benützung des Weges von den Betreffenden als eine berechtigte angesehen wurde, aus diesen Gründen wird erkannt, daß das Erkenntniß der Kreisregierung vom 9. Januar v. J., wodurch ausgesprochen wurde, daß der im Streit befangenen, in jenem Erkenntniß näher bezeichneten Wegstrecke die rechtliche Eigenschaft eines öffentlichen Verbindungsweges zukomme, zu bestätigen sei, auch Rekurrent den Rekursen die in dieser Instanz erwachsenen Kosten zu ersetzen und die Sportel im Betrag von 11 fl. allein zu entrichten habe.

17) Merkmale eines öffentlichen Verbindungsweges. Verpflichtung des Markungsinhabers zur Unterhaltung desselben in fahrbarem Zu-

stand. Ob ihm die Chaussirung obliegt, ist eine Thatfrage.

Die Gemeinde Rohrau wurde von den Gemeinden Hildrizhausen, OA. Herrenberg und Ehningen, OA. Böblingen, wegen Unterhaltung der auf ihrer Markung belegenen Strecke eines zur Verbindung beider Gemeinden dienenden Weges in fahrbarem Zustande belangt. Im Laufe der Verhandlungen wurde der Anspruch näher dahin festgestellt, daß der Weg, da er zugestandenermaßen andernfalls nicht seinen Zwecken diene, chausseemäßig herzustellen sei. Die Gemeinde Rohrau erhob gegen die sie hiezu verurtheilende Entscheidung des Königl. Oberamtes Beschwerde, zu deren Begründung sie nicht übereinstimmend mit früheren Erklärungen anführte, daß der fragliche Weg kein eigentlicher Vicinalweg, sondern ein Feldweg sei, sodann, daß der von ihr verlangte Aufwand in keinem Verhältniß zu den Mitteln der Gemeinde und dem dadurch zu erlangenden Vortheil stehe. Das Oberamt und die Kreisregierung hatten ihre Verfügungen als polizeiliche Maßregeln behandelt und eine Sportel nicht angesetzt. Dagegen fällte das Ministerium des Innern auf erhobene Beschwerde in Anwendung des Rechtsmittel-Gesetzes vom 13. November 1855 unter dem 24. Oktober 1865 folgendes Erkenntniß:

Auf den Bericht vom 23. Mai 1865 wird der Kreisregierung zu erkennen gegeben, daß man unter Verwerfung der von der Gemeinde Rohrau erhobenen Beschwerde, sowie unter Ansetzung einer von der Gemeinde Rohrau zu bezahlenden Sportel von 5 fl. für gegenwärtige Entscheidung das Erkenntniß des Oberamtes Herrenberg vom 23. Mai 1864 auch von hier aus dahin bestätigt haben will, daß die Gemeinde Rohrau für verbunden erklärt werde

1) an der auf Rohrauer Markung gelegenen Strecke des von Hildrizhausen nach Ehningen führenden Weges

als eines Vicinalweges alljährlich den dritten Theil[1] in stets brauchbaren und fahrbaren Stand, wenn nöthig durch Anbringung einer Steindecke oder förmlichen Chaussirung zu bringen und

2) die auf Rohrauer Markung liegende Wegstrecke fortan in beständig brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten.

Hiebei wurde von den Erwägungen ausgegangen, daß, da

1) der in Frage stehende Weg im Primärkataster und auf der Flurkarte von Rohrau zwar als Feldweg lauft, im Primärkataster und auf der Flurkarte von Ehningen und Hildrizhausen dagegen als Vicinalweg vorkommt und in dem Güterbuch von Rohrau Theil VII. Blatt 10 als Hildrizhäuser Weg bezeichnet ist, derselbe ferner nach den eigenen Erklärungen des Gemeinderathes Rohrau (vom 10. Mai 1862, 13. Juni 1864, 17. März 1865) in Uebereinstimmung mit der Aeußerung des Amtsbaumeisters von Herrenberg vom 7. März 1865 und dem Vorbringen der Gemeinden Ehningen und Hildrizhausen, nicht blos als Güterweg benützt wird, sondern hauptsächlich auch dem Nachbarschaftsverkehr der Gemeinden Hildrizhausen und Ehningen, der außerdem nur auf einem beträchtlich längeren Umweg vermittelt werden könnte, sowie dem Holztransport aus außerhalb der Markung Rohrau liegenden Staatswaldungen und dem Verkehr der Müller von Aidtlingen dient, — die Eigenschaft dieses Weges als eines Nachbarschafts — eines Vicinalweges, sowie die Nothwendigkeit seiner Forterhaltung als solcher nachgewiesen erscheint und daß

2) Nachbarschaftsstraßen in stets brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten sind, unter dieser gesetzlichen Unterhaltungspflicht aber künstliche Anlagen nur insoweit begriffen werden, als dieselben zur Sicherung eines Zu-

---

[1] In 3 Jahren, je in einem Jahr den dritten Theil.

standes beständiger Brauchbarkeit und Fahrbarkeit des Weges unumgänglich erforderlich sind, die Gemeinde Rohrau zu der Anbringung einer Steindecke oder der förmlichen Chaussirung fraglichen Wegs nur für den Fall unumgänglicher Nothwendigkeit angehalten werden kann.

Eine Sportel war anzusetzen, weil auf vorliegenden Streit das Gesetz betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen anzuwenden ist, die Zuscheidung der Sportel ergibt sich aus der Verwerfung des erhobenen Rekurses.

Der Königl. Geheimerath bestätigte auf erhobene Beschwerde durch Beschluß vom 11. Januar 1866 das Ministerialerkenntniß vom 24. Oktober 1865, soweit durch letzteres der in Frage stehende Weg als ein Vicinalweg erklärt wurde, unter Hinweisung auf die derselben beigefügten Gründe und unter Verfällung der Gemeinde Rohrau in eine Sportel von 6 fl. mit dem Anfügen, daß die Frage, inwieweit zu der hienach der Gemeinde Rohrau obliegenden Herstellung des Wegs in beständig fahrbaren Zustand die Chaussirung desselben nöthig sei, wenn hierüber noch Streit bestehen sollte, in der Instanzenfolge zu erledigen wäre.

18) Vicinalwege (öffentliche Nachbarschaftswege) sind in stets brauchbarem und fahrbarem Zustand von dem Markungsinhaber zu erhalten. Künstliche Anlagen können verlangt werden, soweit solche nach den Gutachten der Techniker zur Erhaltung in stets brauchbarem und fahrbarem Zustand nothwendig sind.

Zwischen den Städten Bönnigheim und Brackenheim bestehen seit alter Zeit zwei Verbindungswege, der eine über Botenheim, der andere über Meimsheim, welche beiden Gemeinden auch unter sich durch einen in schlechtem Zustand befindlichen Weg verbunden sind. Der Weg von Bönnigheim nach Brackenheim über Meimsheim ist im Jahr 1805 chausséemäßig hergestellt worden, nachdem sich

diese Gemeinde unter der Bedingung der Führung des Wegs über Meimsheim zu einem Beitrag von 5000 fl. verpflichtet hatte. Der letztere Weg ist 14,245′, der erste über Botenheim 13,150′ lang. Die im Verwaltungsweg gepflogenen Verhandlungen zur Beseitigung der Beschwerden der Gemeinde Botenheim über den schlechten Zustand dieses letztern Wegs von Botenheim nach Bönnigheim, welcher über die Markung Meimsheim führt, blieben erfolglos. Die Gemeinde Botenheim lehnte den Vorschlag ab, daß der Weg von Botenheim nach Meimsheim statt nach Bönnigheim in stets fahrbarem Zustand hergestellt werde, da hiedurch ihre Verbindung mit Bönnigheim durch einen namhaften Umweg erschwert worden wäre. Der direkte Weg von Botenheim nach Bönnigheim hat eine Länge von 8528′, von Botenheim über Meimsheim nach Bönnigheim eine solche von 11,152′, somit mehr 2624′. Am 9. August 1866 erhoben daher die zunächst betheiligten Gemeinden Bönnigheim und Botenheim bei dem Oberamt Brackenheim Klage, deren Schlußbitte dahin ging, das Oberamt wolle erkennen, daß die beklagte Gemeinde Meimsheim schuldig sei, den von Botenheim direkt nach Bönnigheim führenden Verbindungsweg, soweit er auf ihrer Markung hinzieht, ausschließlich auf ihre Kosten in solcher Weise herzustellen, daß er beständig und zu jeder Jahreszeit brauchbar und fahrbar ist und ihn zu diesem Behufe insbesondere zu chaussiren. Die Klage war mit folgendem begründet: Der fragliche Weg sei ein breiter, öffentlicher, versteinter Verbindungsweg. Er bestehe zum größten Theil aus Lehmboden und befinde sich in einem solch trostlosen Zustande, daß er bei nasser Witterung ganz unfahrbar und auch bei ganz trockenem Wetter nur mit leichten, nicht aber mit schwerer beladenen Fuhrwerken befahren werden könne. Seine Herstellung in jederzeit fahrbaren Zustand liege nicht nur im lokalen Interesse der klagenden Gemeinden, sondern auch in dem eines großen Theils des sog. Zabergäus. Die Weinfuhren insbesondere gehen meist ohne Benützung der

Eisenbahn auf der Achse nach dem Schwarzwald und der Alb. Die direkte Verbindung von Botenheim mit Bönnigheim sei für verschiedene Orte von Werth. Die Beklagte sei nach der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 [1] verbunden, den über ihre Markung führenden Weg stets in brauchbarem und fahrbarem Zustand zu erhalten. Hiezu gehöre nach der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 die Chaussirung, da dieselbe nach der Beschaffenheit des in Frage stehenden Weges zu dessen steter Fahrbarkeit ein absolutes Bedürfniß sei. In der Vernehmlassung wurde von der Beklagten anerkannt, daß der in Frage stehende Weg ein breiter, öffentlicher, versteinter Verbindungsweg und nicht chaussirt sei. Er habe aber in seinem dermaligen Zustand dem Verkehrsbedürfniß genügt und nur für die klagenden Gemeinden ein lokales Interesse. Die Wein- und Fruchtfuhren aus dem Zabergäu, welche landaufwärts gehen, suchen auf dem kürzesten Weg über Meimsheim die Eisenbahnstationen Lauffen oder Kirchheim zu erreichen und nehmen nicht den Weg über Bönnigheim. Die Her-

---

[1] Der §. 1 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 lautet: Jede Commune ist verbunden, die Wege auf ihrer Markung, insofern sie keine Post- und Commercialstraßen sind, und insofern nicht einzelne Güterbesitzer oder Corporationen vermöge eines speziellen Rechtstitels hiezu die Verbindlichkeit haben, stets in brauchbarem und fahrbarem Zustand zu erhalten. Der §. 2 der Verfügung vom 19. Juni 1828 bestimmt: Die Unterhaltung hat so zu geschehen, daß die Wege beständig und zu jeder Zeit fahrbar seien. Namentlich müssen dieselben gut planirt und mit Abzugsgräben, mit den erforderlichen Brücken und Dohlen, auch an schmalen Stellen und Erhöhungen mit Schranken versehen sein. Künstlichere Anlagen können unter dieser gesetzlichen Unterhaltungspflicht nur in soweit begriffen werden, als dieselben zur Sicherung eines Zustandes beständiger Brauchbarkeit und Fahrbarkeit des Wegs unumgänglich erforderlich sind. Für das Einzelne der obengenannten Arbeiten dienen im Allgemeinen die Vorschriften der Instruktion für die Wegmeister vom 23. April 1808 zur Richtschnur. (Wegordnung §. 1 und 2. Verordnung vom 5. Februar und 4. Dezember 1811, bei **Knapp**, Repertorium IV. S. 587, 590.)

stellung eines fahrbaren Wegs von Botenheim nach Meimsheim sei für andere Gemeinden zur Gewinnung des nächsten Wegs zur Eisenbahn wünschenswerth. Der in Frage stehende Weg sei ohne allen Nutzen für die Gemeinde Meimsheim, da er die Markung quer durchschneidend nicht einmal als Güterweg von den Gemeindeangehörigen benützt werden könne. Die chausséemäßige Herstellung sei nicht nothwendig. Nach §. 5 der Verfügung von 1828 [2] müßte jedenfalls ein größerer Theil des Aufwands von den klägerischen Gemeinden in Konkurrenz mit der Beklagten übernommen werden. Nach gepflogener weiterer Verhandlung und nach Einholung eines Gutachtens des Oberamtswegmeisters und einer weiteren technischen Aeußerung erkannte das Oberamt am 30. September 1868, unter Kostenvergleichung, daß die Gemeinde Meimsheim verbunden sei, diejenige Strecke des Vicinalwegs zwischen B. und B., welche über ihre Markung führe, in einer Länge von 6250′ durch Planirung und Chaussirung, sowie durch Anlegung der erforderlichen Dohlenbauten in stets fahrbaren und brauchbaren Zustand herzustellen und auf ihre Kosten ohne Konkurrenz der klägerischen Gemeinden zu unterhalten. Begründet war diese Entscheidung damit, daß 1) der fragliche Weg nach dem Anerkenntniß der Betheiligten ein öffentlicher Nachbarschaftsweg sei, auf welchen die Wegordnung von 1808 und die Verfügung von 1828 Anwendung finde, 2) daß der Anspruch der klagenden Gemeinden auf Belassung dieses Wegs als Nachbarschaftswegs begründet sei; 3) daß nach dem Gutachten der Techniker zur beständigen Fahrbarkeit des Wegs dessen Planirung und Chaus-

---

[2] Der §. 5 der Verfügung von 1828 lautet: Auf gleiche Weise bleibt es der Gesetzgebung vorbehalten, für diejenigen Fälle, wo die Baulast mit den Mitteln des Baupflichtigen oder mit dem Nutzen, den ihm die Herstellung des Wegs gewährt, in auffallendem Mißverhältniß steht, eine angemessene Konkurrenz der mitbetheiligten Gemeinden, Gutsherrschaften oder Amtsbezirke festzusetzen. Ein Gesetz dieses Inhalts ist aber bis jetzt nicht ergangen.

sirung nothwendig sei, auf denselben somit der §. 2 der Verfügung von 1828 Anwendung finde, 4) daß der §. 5 der Wegordnung die Beiziehung anderer Gemeinden erst der Gesetzgebung vorbehalte, eine Pflicht derselben also noch nicht gesetzlich bestehe. Die Königl. Kreisregierung erkannte nach weiterer Instruirung über die Verkehrsverhältnisse der Gegend am 23. August 1870 gegen die rekurrirende Beklagte. In der Begründung der hiegegen bei dem Königl. Ministerium des Innern erhobenen Beschwerde wurde das Bedürfniß dieser Wegverbindung und speziell der verlangten chausséemäßigen Herstellung des Wegs in Abrede gezogen; durch angemessene Planirung und Steineinwerfen an geeigneten Stellen werde dem Zwecke des Wegs vollkommen entsprochen. Auch wurde bestritten, daß in der durch die Wegordnung von 1808 und die Verfügung von 1828 dem Markungsinhaber auferlegten Verpflichtung bezüglich der Vicinalwege die Verpflichtung zur chausséemäßigen Herstellung derselben enthalten sei.[3] Auf den Antrag der

---

[3] Durch das Dekret vom 5. Februar 1811 wurde verordnet, daß auf chausséemäßige Herstellung der Wege von einer Landstadt zur andern gedrungen und bei Eröffnung der übrigen Kommunikationswege von einem Dorf zum andern besonders darauf gesehen werden solle, daß die Wege gut planirt und mit Abzugsgräben, auch Brücken und Dohlen und an schmalen Stellen und Erhöhungen mit Schranken versehen werden. Reyscher Reg. Ges. Bd. IV. S. 472. Die Verfügung der Sektion des Straßenwesens vom 4. Dezember 1811, auf welche in §. 2 der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 (oben Note 1) gleichfalls Bezug genommen ist, sagt: Da die Bemerkung gemacht worden, daß der allerhöchste Befehl, die Vicinalwege in stets fahrbarem Zustand zu erhalten, häufig dahin mißverstanden werde, daß die Wege mit großen, für die Communen unerschwinglichen Kosten förmlich chaussirt werden, so werde die Landvogtei angewiesen, daran zu sein, daß zwar die Vicinalwege überall in brauchbaren Stand gesetzt, daß sie aber da, wo weder Post- noch Commercialstraßen seien, nicht förmlich chaussirt werden. Die Verordnung der Sektion des Straßen- und Brückenbauwesens vom 3. Juli 1812 über die Konkurrenz der Adeligen zu den Straßenanlagen, (Reyscher a. a. O. S. 614) unterscheidet zwischen gewöhnlichen Wegen,

Rekurrentin wurden in der Instanz des Ministeriums zwei weitere technische Aeußerungen eingezogen, welche im Wesentlichen dahin gingen, daß 1) der in Frage stehende Weg in einem Zustand sei, nach welchem er auch dem lokalen Verkehrsbedürfnisse nicht genüge; 2) daß zur fahrbaren Herstellung wenn auch nicht die durchgängige Chaussirung, wie der Eine Techniker anfänglich aussprach, doch die Erhöhung der tiefen Stellen, Durchführung von gehörigen mindestens 1′ tiefen Seitengräben mit dem erforderlichen Gefäll für den Wasserabfluß, die für den Wasserabfluß erforderliche Wölbung des Querprofils mit 4 Pct., die Chaussirung der speziell bezeichneten tiefen Punkte und der schon jetzt mit Einwurfsteinen versehenen steileren Stellen, endlich auf den nicht zu chaussirenden Stellen die Anbringung eines Rauhgeschlägs von 4″ Stärke und eines 2″ starken Kleingeschlägs nothwendig sei. Der Aufwand hiefür wurde auf 5350 fl., um 550 fl. weniger, als der Aufwand für die vollständige Chaussirung berechnet. Das Ministerium des Innern erkannte hierauf unter dem 14. Mai 1872, daß die Gemeinde Meimsheim zur chausséemäßigen Herstellung des, wenn auch kürzeren Wegs von Botenheim nach Bönnigheim, durch welche ihr ein mit der Bedeutung dieses Wegs für die klagenden Gemeinden und mit dem Vortheil der möglichen Zeitersparniß in großem Mißverhältniß stehender Aufwand erwachsen würde, nicht für verpflichtet erklärt werden könne, daß daher ihrer Beschwerde gegen das diese Verpflichtung aussprechende Erkenntniß der Königl. Kreisregierung stattzugeben und der Anspruch der Gemeinden Bönnigheim und Botenheim auf Chaussirung des fraglichen Wegs als nicht begründet abzuweisen sei. Die Kosten wurden verglichen. Diese Entscheidung wurde auf folgende Erwägungen gestützt: Es

---

d. h. solchen, wie sie die Natur des Bodens gibt, welche bloß landesordnungsmäßig in fahrbarem Stand zu erhalten sind, und **kunstmäßig** gebauten Chausséen.

könne auf den Verkehr zwischen Bietigheim einer- und Brackenheim und den rückwärts von Brackenheim gelegenen Orten des Zabergäus andererseits bei Beurtheilung des erhobenen Anspruchs ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil für diesen Verkehr bereits die chaussée-mäßig hergestellte und dem Bedürfniß derselben genügende Straße von Bönnigheim über Meimsheim nach Brackenheim bestehe und weil, nachdem bei dem im Jahr 1805 auf Kosten von Stadt und Amt erfolgten Bau jener Straße durch Beschluß der Amtsversammlung vom 9. Mai 1805 der Richtung über Meimsheim der Vorzug vor der schon damals in Frage stehenden, etwas kürzeren Linie über Botenheim hauptsächlich mit Rücksicht auf den für diesen Fall von der Gemeinde Meimsheim im Voraus übernommenen bedeutenden Beitrag zu den Baukosten gegeben worden sei, dieser letzteren offenbar nicht zugemuthet werden könne, nunmehr in geringer Entfernung von jener Straße noch eine zweite für den gleichen Zweck auf ihrer Markung herzustellen. Es habe dieß auch die Amtsversammlung von Brackenheim unterm 30. März 1867 ausdrücklich anerkannt, indem sie zumal im Hinblick auf die in Folge der Erbauung der Eisenbahn eingetretene wesentliche Veränderung der Verkehrsverhältnisse die chausséemäßige Herstellung des Wegs von Botenheim nach Bönnigheim, (gegen welche von Seiten der Gemeinde Meimsheim bisher, so oft sie zur Sprache gekommen, mit Erfolg protestirt worden sei) als durch den Verkehr von Brackenheim und dem obern Zabergäu mit Bönnigheim und Bietigheim keineswegs geboten bezeichnet und deßhalb die früher wiederholt in Aussicht genommene Konkurrenz der Amtskorporation zu Chaussirung jenes Weges abgelehnt habe. Ebensowenig lasse sich für die Nothwendigkeit der Chaussirung des Weges über Botenheim das Verkehrsbedürfniß der Gemeinde Cleebronn und ihrer Nachbarorte anführen, da die Gemeinde Cleebronn direkte Verbindungswege nach Bönnigheim und nach Freudenthal besitze, durch welche nach der Erklärung des Ge-

meinderathes Cleebronn selbst für den Verkehr dieser Gemeinde gegen Besigheim hinlänglich gesorgt sei, und da der zur Unterstützung der Klage später hervorgehobene Umstand, daß der in Frage stehende Weg ebener als der andere Verbindungsweg sei, keinen Grund abgeben könne, der Gemeinde Meimsheim die Chaussirung desselben aufzuerlegen. Wenn hiernach nur der lokale Verkehr der klagenden Gemeinden unter sich maßgebend sei, so könne gegenüber dem Gutachten der Techniker nicht unbeachtet gelassen werden, daß für die Zeiten, zu welchen der Weg nicht als Communikationsweg für dieselben genüge, eine jederzeit brauchbare Verbindung in dem Weg über Meimsheim bestehe, zu dessen alsbaldiger Chaussirung sich diese Gemeinde für ihre Markung bereit erklärt habe, während derselbe auf der Strecke Meimsheim bis Bönnigheim sich schon längst in einem Zustand beständiger Brauchbarkeit und Fahrbarkeit befinde, und welcher überdieß für die Gemeinden Cleebronn und Botenheim noch den besondern Vortheil direkter Verbindungen mit den Eisenbahnstationen Lauffen und Kirchheim darbiete. Werde auch auf diese Weise allerdings nur eine mit verhältnißmäßigem Umwege verbundene Communikation beider Orte mittelst einer chaussirten Straße erlangt, so könne doch der durch den erheblich geringeren Kostenaufwand für die chausséemäßige Herstellung der Straße von Botenheim nach Meimsheim anstatt derjenigen von Botenheim nach Bönnigheim für die Gemeinde Meimsheim erzielten beträchtlichen Ersparniß gegenüber jener zudem ganz unbedeutende Umweg umsoweniger als ausschlaggebend betrachtet werden, als nicht nur der Lokalverkehr zwischen beiden Orten von keiner großen Bedeutung, sondern auch bei dem Umstande, daß der Verbindungsweg von Botenheim nach Bönnigheim bisher noch nie chausséemäßig hergestellt gewesen, mit Sicherheit anzunehmen sei, daß jener Verkehr auch seither schon zum größeren Theile auf dem Weg über Meimsheim sich bewegt habe. In dem Erlaß, mit welchem die Königl. Kreisregierung die Eröff-

nung dieser Ministerialentscheidung dem Oberamt aufgab, wurde angefügt: Im Uebrigen wird das Oberamt dafür Sorge tragen, daß die Gemeinde Meimsheim ihrer Verpflichtung zur Unterhaltung des fraglichen Wegs auf ihrer Markung, von der chausséemäßigen Herstellung desselben abgesehen, in geeigneter Weise, insbesondere durch rechtzeitige Beseitigung der Geleise und gehörige Ableitung des Wassers nachkomme. Auf den gegen die Entscheidung des Ministeriums des Innern ergriffenen Rekurs erging sodann unter dem 9. September 1872 folgendes Erkenntniß des Königl. Geheimeraths: In Erwägung 1) daß der von Botenheim über die Markung der Gemeinde Meimsheim direkt nach Bönnigheim führende Weg nach dem Anerkenntniß beider Parteien als ein öffentlicher Verbindungsweg zu betrachten und daher die Gemeinde Meimsheim nach §. 1 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 verpflichtet sei, diesen Weg, soweit derselbe auf ihrer Markung liege, stets in brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten; 2) daß nach den übereinstimmenden Gutachten der in Frage stehende Weg nur dann in stets brauchbarem und fahrbarem Stande erhalten werden könne, wenn an demselben die in dem Gr.'schen Gutachen S. 4—6, beziehungsweise in dem gemeinschaftlichen Gutachten S. 10 speziell bezeichneten (oben hervorgehobenen) Verbesserungen vorgenommen werden; 3) daß das Verlangen der klägerischen Gemeinden zunächst darauf gerichtet sei, daß der Weg in solcher Weise hergestellt werde, daß er beständig brauchbar und fahrbar sei, das Verlangen derselben aber, daß der Weg chaussirt werde, nur eine Ansicht der klägerischen Gemeinden darüber ausspreche, was nach ihrem Dafürhalten zur ordnungsmäßigen Instandhaltung des Weges nothwendig sei, — in diesen Erwägungen sei das Erkenntniß des Ministerium des Innern vom 14. Mai d. J. theils zu bestätigen, theils abzuändern und die Gemeinde Meimsheim für verbunden zu erklären, den von Botenheim direkt nach Bönnigheim führenden Verbindungsweg, soweit solcher innerhalb ihrer

Markung liege, durch Vornahme der in dem zuvor angeführten gemeinschaftlichen Gutachten bezeichneten Verbesserungen in einen stets brauchbaren und fahrbaren Zustand herzustellen. An der mit Einrechnung des Zuschlags auf 18 fl. festgesetzten Sportel habe jeder der streitenden Theile die Hälfte zu bezahlen, auch jeder derselben die von ihm aufgewendeten Prozeßkosten ohne Ersatz auf sich zu leiden.

19) Ein öffentlicher Verbindungsweg kann auch ein zur Verbindung von Parzellen mit eigener Markung dienender Weg sein, in welchem Fall seine Benützung eine allgemeine und nicht auf eine bestimmte Benützungsart beschränkt ist.

Durch Rekursentscheidung des Königl. Ministerium des Innern vom 23. Januar 1866, in der Streitsache zwischen dem Müller G. auf der Königsrother Mühle, Gemeindebezirks Wörth und dem Müller A. Kl.[1] auf der Jammermühle, Gemeindebezirks Wörth, OA. Ellwangen, wurde ein Weg, welcher die Verbindung zwischen der letzteren und der in der Nähe der ersteren Mühle vorüberführenden Vicinalstraße bildet, als öffentlicher Verbindungsweg erklärt und ausgesprochen, daß sich hieraus die Befugniß des Besitzers der Jammermühle, denselben zu den für seine Sägmühle nöthigen Fuhren zu benützen, von selbst und ohne daß es der Erwerbung eines besonderen Rechtes hiezu bedürfe, ergebe. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde durch Entscheidung des Königl. Geheimenrathes vom 17. Mai 1866 unter Verweisung auf die Gründe der vorigen Instanzen abgewiesen.

20) Klage auf Duldung eines öffentlichen Nachbarschaftsweges gegen den Eigenthümer des

[1] Die Partheien waren in diesem Falle die Besitzer derselben Parzellen, wie in dem unter Nr. 16 mitgetheilten Rechtsfalle, dagegen handelte es sich um einen anderen Weg. Vgl. oben Nr. 14.

belasteten Gutes. Erwerbung dieses Rechtes durch die außerordentliche erwerbende Verjährung. Benützung desselben auf die möglichst schonende Weise. Die Beurtheilung der Entbehrlichkeit eines öffentlichen Weges ist Verwaltungssache, nicht Gegenstand der Administrativrechtsprechung.

Gegen den Besitzer einer größeren Grundfläche auf der Hochebene zwischen Donau und Blauthal, welche derselbe im Jahre 1862 als Weide von dem Staat erworben und umgeackert hatte, wurde von 6 Gemeinden des Oberamtes Blaubeuren Klage auf Duldung eines öffentlichen Fahrweges als Verbindungsweges mit der Stadt Ulm erhoben. Am 20. Juli 1864 erkannte das Oberamt Blaubeuren den Beklagten für verpflichtet, auf dieser Fläche, auf dem Hochgesträß, Söflinger Markung, ein solches Areal unbebaut liegen zu lassen, daß darüber der Verkehr zu Wagen und zu Fuß zwischen den klägerischen Orten und Ulm möglich sei. Nachdem auf erhobene Beschwerde von dem Ministerium des Innern die erste Entscheidung der Königl. Kreisregierung als nichtig aufgehoben worden war und nach dem Einzug weiteren Beweises wurde die oberamtliche Entscheidung in der Rekursinstanz im Wesentlichen bestätigt. Ebenso erkannte das Königl. Ministerium des Innern auf die von dem Beklagten erhobene Beschwerde unter dem 4./18. Februar 1868, daß der Rekurrent schuldig sei, über sein Gut auf dem Hochgesträß Parzellen Nr. $\frac{1755}{8}$ und 49 einen öffentlichen Weg von 16′ Breite in der Richtung von A. nach Ulm und zurück für den allgemeinen Gebrauch in der Weise zu dulden, daß hiebei eine bestimmte, noch der näheren Festsetzung vorbehaltene Wegrichtung eingehalten werde, und daß das Verlangen des Rekurrenten, die Ausübung dieses Rechtes an die Bedingung der ordnungsmäßigen Herstellung und Unterhaltung des Weges zu knüpfen, abzuweisen sei.

Dieser Theil der Entscheidung wurde mit folgendem begründet: „2) Durch die Aussagen der vernommenen Zeugen ist bewiesen, daß der Weg über das Gut des Beklagten von Einwohnern der klagenden Gemeinden während eines Zeitraumes von mehr als 40 Jahren als Fahrweg nach Ulm und zurück, soweit es die Beschaffenheit des Bodens zuläßt, benützt wurde. Wenn nun auch hiedurch in Folge ungenügender Vernehmung der Zeugen der Beweis einer unvordenklichen Ausübung des Rechtes nicht als erbracht angenommen werden kann, so liegen doch die Voraussetzungen der außerordentlichen erwerbenden Verjährung vor, da auch in subjektiver Beziehung bei der Häufigkeit und Allgemeinheit der Benützung des Weges, welche von keiner Seite beanstandet wurde, mit Grund nicht bezweifelt werden kann, daß der Weg als ein berechtigter angesehen wurde, wie er denn auch in den öffentlichen Büchern der betreffenden Markungsgemeinden sich eingetragen findet, auch der Umstand, daß in dem Kaufvertrag zwischen dem Rekurrenten und der Staatsfinanzverwaltung als Bedingung aufgenommen wurde, es seien die bestehenden Wege ebenso, wie die sonstige Fläche zu bezahlen, auf das Bewußtsein einer dießfalls bestehenden Last Seitens der Besitzvorgängerin des Beklagten hinweist. — — 3) Die vom Rekurrenten in dieser Instanz vorgebrachte Einwendung, daß der Weg ein überflüssiger sei, kann im jetzigen Stadium des Verfahrens nicht berücksichtigt werden, da ein Antrag auf Abschaffung des Weges aus diesem Grund in der ordentlichen Instanzenfolge im Verwaltungsweg zu erledigen ist. 4) Der Richter v. J. hat mit Recht den Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß nach Analogie der Servituten die Benützung des Weges auf eine für den Eigenthümer des belasteten Gutes möglichst schonende Weise zu geschehen habe und hat hieran die Folge geknüpft, daß bei dem Befahren des Gutes eine bestimmte noch der näheren Festsetzung vorbehaltene Richtung und Linie eingehalten werden müsse. Das weitere Verlangen der Rekurrenten,

die Benützung auch noch an die Bedingung der ordnungsmäßigen Herstellung und Unterhaltung des Weges, sei es durch die Kläger oder die betreffenden Markungsgemeinden zu knüpfen, erscheint nach dermaliger Aktenlage nicht als gerechtfertigt, da sich noch nicht beurtheilen läßt, ob und in wie weit die Behauptung des Rekurrenten, es sei ohne die Herstellung einer ordentlichen Fahrbahn durch die Benützung des Weges der bebaute Theil seines Gutes fortwährenden Beschädigungen ausgesetzt, sich bewahrheiten wird. Indessen bleiben ihm für diesen Fall seine Rechtszuständigkeiten vorbehalten". Diese Entscheidung des Ministerium des Innern wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 4. Juni 1868 unter Hinweisung auf die Gründe der vorigen Instanz bestätigt.

21) Der Beweis der Eigenschaft eines Weges als öffentlichen Nachbarschaftsweges bedingt die Unterhaltungspflicht des Markungsinhabers. Einzelne Leistungen, welche sich auch aus der Eigenschaft des Weges als Güter- oder Holzabfuhrweges erklären, beweisen diese Eigenschaft nicht.

Eine bei dem Königl. Oberamte Nagold am 8. April 1864 von dem Schiltmüller F. D. von Simmersfeld gegen die Gemeinde Ettmannsweiler angestellte Klage auf Unterhaltung eines Verbindungsweges zwischen der Schiltmühle und den Altensteiger Kirchspielorten, welche auf die Behauptung der Eigenschaft dieses Weges als öffentlichen Vicinalweges und die vertragsmäßige Uebernahme der Unterhaltungspflicht gestützt war, wurde von dem Oberamt und in Abänderung einer Rekursentscheidung der Königl. Kreisregierung durch Ministerialentscheidung vom 17. August 1864 abgewiesen. Ebenso hat der Königl. Geheimerath durch Beschluß vom 27. September 1864 die hiegegen erhobene Beschwerde und zwar aus folgenden Gründen abgewiesen: „Rekurrent habe entfernt nicht be-

weisen können, daß der fragliche Weg am Gemeindewald Stockmad in der vor 1856 bestandenen Richtung als Nachbarschaftsweg zwischen der Schiltmühle und den Orten Altensteig und Ettmannsweiler gedient habe und als solcher anerkannt gewesen sei, ehe der genannte Wald durch den Abfindungsvertrag vom Jahre 1830 in den Besitz der Gemeinde Ettmannsweiler gelangte. Es habe sich auch bei der hierüber bei dem Königl. Forstamt angestellten Nachfrage in dessen Akten lediglich nichts vorgefunden, was auf einen öffentlichen Nachbarschaftsweg durch den Wald Stockmad sich bezöge. Ein Anerkenntniß dieser Eigenschaft des Weges und der daraus folgenden Unterhaltungspflicht Seitens der Gemeinde Ettmannsweiler könne aber mit dem Königl. Ministerium des Innern weder in der einmaligen Ausbesserung des Weges mittelst Gemeindefrohnen, noch in dem Beschlusse, den Weg auf Gemeindekosten an den Saum des Waldes zu verlegen, gefunden werden, da diese Leistungen auch bei einem Holzabfuhr- und Feldwege dem Besitzer oder der Gemeinde obliegen oder ausnahmsweise von letzterer übernommen werden können, wie denn auch nach einem Berichte des Schultheißenamtes Ueberberg der untere Theil des Weges, sogenannte Steige, von der Gemeinde Ueberberg als Eigenthümerin des Waldes, Beurenerberg, nicht aber von der Markungsgemeinde Beuren unterhalten werde. Noch weniger könne aus dem Umstande, daß die Entfernung zwischen den genannten Orten auf anderen, dem Schiltmühlebesitzer offen stehenden Wegen eine größere sei, als diejenige über den bestrittenen Weg, eine Verpflichtung der Gemeinde Ettmannsweiler zur Unterhaltung der letzteren als eines Nachbarschaftsweges abgeleitet werden. Daß aber jene anderen Wege für den Nachbarschaftsverkehr mit der Schiltmühle früher wirklich bestimmt gewesen, ergebe sich daraus, daß der sog. Seewiesenweg in dem Kirchspielwaldtheilungsvertrag von 1830 gleich anderen öffentlichen Verkehrswegen namentlich aufgeführt und wegen seiner Unterhaltung Vorsorge getroffen, daß

der direkte Verkehr zwischen der Schiltmühle und Simmersfeld in den seit 1845 stattgehabten Verhandlungen über das Schneebahnen auf dem sog. Beurener Kirchweg sich mehrfach erwähnt finde, während die Behauptung, solcher sei erst in neuerer Zeit angelegt worden, unerwiesen und durchaus unwahrscheinlich sei, daß endlich diese beiden Wege, nicht aber derjenige am sog. Reutteacker auch in dem von Geometer G. im Jahre 1845 aufgenommenen Situationsplane über die Wege zwischen Beuren, Ettmannsweiler und Simmersfeld eingezeichnet seien. Endlich habe Rekurrent selbst bei der oberamtlichen Verhandlung vom 25. Januar 1864 den sog. Seewiesenweg als den eigentlichen und ordentlichen Fahrweg nach Altensteig, den Verkehr dahin aber als sein Hauptinteresse im vorliegenden Streite bezeichnet.

22) Die Klage auf Ersatz eines zur Unterhaltung eines Nachbarschaftsweges gemachten Aufwandes gegen den Markungsinhaber ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung.

Matthias K. von N. erhob im Dezember 1858 bei dem Oberamt N. gegen die fürstliche Standesherrschaft Th. und T. Klage auf Ersatz der Kosten von Steinfuhren, welche er in den Jahren 1817 bis 1843 für die Strecke eines öffentlichen Weges geleistet hatte. Daß die Unterhaltung dieser Wegstrecke der Beklagten als damaliger Markungsinhaberin nach der Königl. Verordnung vom 19. Juni 1828 obgelegen hatte, war durch administrativgerichtliche Entscheidung festgestellt, bzw. bei der Würdigung der Klage als erwiesen angenommen. Zur Begründung der Klage wurde vorgetragen: der Kläger sei von dem früheren (standesherrlichen) Bezirksamt zu Schloß N. zur vorläufigen Unterhaltung der betreffenden Wegstrecke angehalten worden, unter dem Vorgeben, daß diese zur Markung Steinmühle gehöre. Dabei habe es sich von selbst verstanden und sei auch öfters zugesichert worden, daß, wenn sich ein Anderes herausstellen sollte, entsprechende Entschädigung

gegeben werde. Nun sei rechtskräftig entschieden, daß die Wegstrecke nicht zur Steinmühlemarkung gehöre, es sei zugleich vom Königl. Ministerium des Innern ausgesprochen, daß die vor 1849 aufgelaufenen Unterhaltungskosten von der beklagten Standesherrschaft als damaliger Markungsinhaberin zu tragen seien. Hieraus ergebe sich die Ersatzpflicht des auf 558 fl. 54 kr. berechneten Durchschnittsaufwandes. In der Vernehmlassung bestritt die Beklagte zunächst die Zuständigkeit des Administrativrichters. Es handle sich nicht mehr um eine Markungsstreitigkeit und die daraus folgende Unterhaltungslast, vielmehr darum, ob nicht der Kläger aus besonderen privatrechtlichen Gründen (privatrechtlichen Titeln) zur Steinfuhr verpflichtet gewesen sei. Nicht auf den Staats- oder Gemeindeverband, sondern auf eine solche besondere Verpflichtung stütze die Beklagte ihre Weigerung der Zahlung. Hiebei wird sich auf die hierüber in den Jahren 1831 bis 1836 gepflogenen Verhandlungen, insbesondere auf eine von dem Kläger am 7. Oktober 1836 abgegebene verbindliche Erklärung berufen, wonach er sich unter Verzicht auf alle Einreden verpflichtet habe, ohne Weigerung auf der ihm bereits zugemessenen Wegstrecke die benöthigten Steine ohne jeden Anspruch an das fürstliche Aerar anzuführen. Eventuell wurde jeder Rechtsgrund des Ersatzes, sowie die Größe des behaupteten Aufwandes bestritten. Durch Erkenntniß vom 12. April 1864 wies das Oberamt die Klage angebrachtermaßen ab und an den Civilrichter, weil ein Uebereinkommen, wie das von 1831/36 eine neben die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse getretene privatrechtliche Obligation begründe, Kläger keinerlei öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung des Weges gehabt habe und eine solche durch Vertrag mit der Beklagten nicht habe übernehmen können. Am 7. Januar 1863 erklärte die Kreisregierung die Administrativjustizstellen für zuständig, weil der Kläger seinen Anspruch auf die Behauptung gründe, daß der damalige Markungsinhaber öffent-

lich rechtlich zum Ersatz der Steinfuhren, die er für denselben ohne Verbindlichkeit geleistet, verpflichtet sei; zugleich wurde der Anspruch aus materiellen Gründen abgewiesen. Das Ministerium des Innern, an welches der Kläger hiegegen Beschwerde erhoben hatte, verwies die Sache unter Aufhebung des die Klage materiell abweisenden Theiles der Entscheidung der Königl. Kreisregierung an die erste Instanz des Oberamtes zurück, da dieses noch nicht materiell entschieden habe, worauf das Oberamt am 28. November 1863 materiell abweisend erkannte. In der Instanz der Kreisregierung und des Ministerium des Innern ergingen gleichfalls die Klage materiell abweisende Entscheidungen, worauf der Kläger Beschwerde bei dem Königl. Geheimenrath erhob. In der ziemlich unklaren Rekursausführung konnte man folgende verschiedene Klagebegründungen finden: 1) Berufung auf einen angeblich zu seinen Gunsten gemachten obrigkeitlichen Entschädigungsvorbehalt; 2) Berufung auf Beschädigung durch widerrechtliche obrigkeitliche Verfügung, wofür die Standesherrschaft Namens ihrer Polizeibeamten im Regreßwege zu haften habe; 3) Berufung auf Vertrag, auf ein Entschädigungsversprechen der beklagten Standesherrschaft unter unbestimmter Hinweisung auf ein Dienstmietheverhältniß; 4) Berufung auf die Grundsätze über negotionum gestio, irrthümliche Leistung ohne Rechtsgrund und ungebührliche Bereicherung der Beklagten, in dem er, Kläger, die Standesherrschaft in einer ihr obliegenden Markungslast entweder mit der Absicht der Ersatzforderung oder in der irrthümlichen Annahme einer ihm obliegenden Markungslast vertreten habe.

Von dem Königl. Geheimenrath wurde die Begründung unter Nr. 2 als nicht in den Akten enthalten (wie sie jedenfalls nicht zur administrativrichterlichen Competenz gehört hätte), nicht weiter berücksichtigt, dagegen bezüglich der übrigen Klagegründe eine materielle Entscheidung durch Beschluß vom 16. April 1866 dahin gefällt, es sei die Beschwerde unter

Zuscheidung der auf 15 fl. festgesetzten Sportel an den Rekurrenten als unbegründet abzuweisen; denn 1) in dem Erlasse des fürstl. Bezirksamtes N. vom 24. März 1825, wodurch dem Kläger die Auflage zu der Beifuhr von Steinen für den fraglichen Weg gemacht worden sei, sei dieß nicht geschehen unter einem zu seinen Gunsten von dem gedachten Bezirksamt gemachten Vorbehalt eines Ersatzanspruches für solche Beifuhr, sondern lediglich unter Benachrichtigung des Klägers davon, daß das fürstliche Rentamt, ihn, wenn er auch auf die von letzterem zu unterhaltende Seite des Weges die Steine beifühmen wolle, hiefür zu entschädigen bereit sei; 2) Nach seinem verworrenen Vorbringen scheine der Kläger auch auf Irrthum, in Folge dessen er eine der Beklagten obgelegene Leistung übernommen, auf angebliche Geschäftsführung für die Beklagte oder auf ungebührliche Bereicherung derselben mittelst seiner Leistungen einen öffentlich rechtlichen Anspruch stützen zu wollen. Allein einem solchen Anspruche würden die eigenen Behauptungen und Einräumungen des Klägers jedenfalls im Wege stehen. Ein Irrthum des Klägers über die Markung, auf welcher die Wegbaulast geruht habe, könne nicht angenommen werden, da Kläger wiederholt behauptet, daß er die Zugehörigkeit des fraglichen Weges zur Markung Steinmühle stets bestritten habe. Im Uebrigen aber sei hervorzuheben, daß Kläger schon in seiner Lohnanrechnung vom 19. Mai 1825 nur für die Steinfuhren zu der die Beklagte treffenden Straßenseite, nicht auch für die auf der Seite des Mühlguts gemachten Steinfuhren eine Entschädigung verlangt, daß er vor dem fürstlichen Rentamt die Erklärung abgegeben, er weigere sich weder jetzt noch für die Zukunft auf der ihm bereits zugemessenen Strecke die benöthigten Steine auf seine Kosten aufzuführen und daß er in der Beschwerdeeingabe vom 10. Juni 1847 allgemein angegeben, er habe die Steine in Rücksicht auf schonliche Behandlung der Viehweide aus bloßem gutem Willen theils unentgeltlich, theils gegen bewilligte Vortheile

aufgeführt. Auch käme bei allen diesen Begründungsversuchen in Betracht, daß vor der Verordnung vom 19. Juni 1828 und unter Anwendung der Verordnung vom 3. Juli 1812 betreffend die Konkurrenz zu den Straßenanlagen eine ausschließliche Verpflichtung der Beklagten zu Unterhaltung jenes Wegs durchaus nicht festgestanden wäre, der Kläger selbst aber aus einer guten Beschaffenheit desselben für seine Person erheblichen Nutzen zu erwarten gehabt habe.

23) Die Klage auf Ersatz eines zur Unterhaltung eines öffentlichen (Nachbarschafts-) Wegs gemachten Aufwands gegen den Markungsinhaber ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung. Die Ersatzpflicht des Markungsinhabers ist durch die Eigenschaft des Wegs als öffentlichen Wegs bedingt. Thatsächliche Merkmale dieser Eigenschaft.[1]

In Anwendung des Art. 2 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 betreffend die Ausdehnung des Gemeindeverbands auf alle Theile des Staatsgebiets wurden durch Erlaß vom 23. März 1852 verschiedene Waldungen der fürstlichen Standesherrschaft Löwenstein-Wertheim der Markung der Gemeinde Michelbach, OA. Gaildorf, einverleibt. Ueber diese Waldungen führen außer andern Wegen insbesondere 1) ein Weg über die Waldungen Burgerklinge und Brandhalde von Michelbach nach Herlebach und 2) ein Weg über die Waldung Kohlhau von Michelbach nach Oberfischach. Am 16. Juli 1858 erhob die fürstliche Standesherrschaft gegen die Gemeinde M. Klage auf Ersatz der von ihr vom 1. Januar 1849 bis 1. Oktober 1857 aufgewendeten Wegbaukosten und zwar zu 1) mit 181 fl. 48 kr. zu 2) mit 4434 fl. 25 kr. Dieser Anspruch war darauf gestützt, daß 1) die betreffenden Wege öffentliche Verbindungs-

[1] Dieser Rechtsfall ist schon in Bo scher, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. IX. S. 178 veröffentlicht.

wege seien und dieß schon am 1. Januar 1849 gewesen seien; 2) daß diese Wege in Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 mit den anstoßenden Gütern der Markung von Michelbach einverleibt worden seien, 3) daß hienach die Gemeinde Michelbach vom 1. Januar 1849 an die Kosten der Unterhaltung der fraglichen Wege zu bestreiten gehabt hätte, 4) die Gemeinde dieß aber nicht gethan, vielmehr die Standesherrschaft und zwar in der der Gemeinde ausdrücklich erklärten Absicht, Ersatz für diese Kosten von der Gemeinde zu fordern, beziehungsweise dadurch die Geschäfte der Gemeinde zu besorgen, den für die Unterhaltung jener Wege erforderlichen Aufwand gemacht habe. Hiebei hatte sich die Standesherrschaft neben den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag noch speziell auf den §. 51 Abs. 2[2] der Instruktion zur Vollziehung des Gesetzes vom 18. Mai 1849 vom 8. September 1849 berufen. Die beklagte Gemeinde bestritt die Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden, soweit die Klage auf die negotiorum gestio und nicht auf §. 51 der angeführten Instruktion gestützt werde, und in materieller Würdigung der Klage die Natur der fraglichen Wege als öffentlicher Nachbarschaftswege, indem sie dieselben unter Berufung auf frühere Aeußerungen der Klägerin als Holzabfuhrwege bezeichnete; auch die übrigen Voraussetzungen der negot. gestio wurden bestritten, doch bezüglich des Wegs über die Burgerklinge bis zur Herlebacher Markung zugegeben, daß derselbe für den geringen dortigen Verkehr als öffentlicher Weg benützt worden sei. Nach einem umständlichen und eingehenden Beweisverfahren, dessen einzelne Momente

---

[2] Diese Bestimmung lautet: Von selbst versteht es sich, daß an dem vom 1. Januar 1849 an verfallenden Amts- und Gemeindeschadensbetreff derjenige von den Exemten gemachte Aufwand in Abzug gebracht werden darf, welchen nicht die Exemten, sondern die Gemeinden zu leisten gehabt hätten, falls die Einverleibung eines exemten Gegenstands in den Gemeindeverband schon an jenem Tage vollzogen gewesen wäre.

kein allgemeines Interesse darbieten, soweit sie nicht in den nachfolgenden Gründen der letztinstanzlichen Entscheidung gewürdigt sind, wies das Oberamt N. die Ersatzansprüche der Standesherrschaft rücksichtlich des Wegs über den Kohlhau ab, erklärte dagegen die Beklagte für schuldig, der Klägerin die vom 1. Januar 1849 an bis nach Vollziehung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 aufgewendeten Bau- und Unterhaltungskosten des von Michelbach über Herlebach führenden Weges vorbehältlich besonderer Liquidation jedoch ohne Zinsen zu ersetzen. Die Kosten wurden verglichen, und die auf 15 fl. berechnete Sportel der Klägerin zu $^4/_5$, der Beklagten zu $^1/_5$ zugeschieden. Die Gründe waren im Wesentlichen folgende: der Streit sei ein öffentlich rechtlicher; denn die Klägerin fordere auf Grund des §. 51 der angeführten Instruktion Ersatz des gemachten Aufwands; die Entscheidung sei durch die öffentliche Eigenschaft des Wegs und die Nothwendigkeit des gemachten Aufwands bedingt. Für den Weg nach Herlebach sei die öffentliche Eigenschaft von der Beklagten zugegeben, für den Kohlhauweg aber weder durch die Einträge in das Primärkataster und das Güterbuch noch durch die in den Jahren 1830/50 verhandelten Akten dargethan, weil jene nicht auf vorheriger Verhandlung mit den Partheien beruhen und aus dieser sich bloß ergebe, daß die Partheien sich hierüber gestritten haben, ohne daß der Streit zum Austrag gekommen sei. Was den Aufwand für den Weg nach Herlebach betreffe, so spreche für die Nothwendigkeit desselben die Natur der Sache und der Betrag von 181 fl. 48 kr. auf $8^3/_4$ Jahre sei so mäßig, daß ein ernstlicher Zweifel über die Nothwendigkeit dieses Aufwands nicht entstehen könne. Nach weiterer Beweisaufnahme in der Instanz der Königlichen Kreisregierung erkannte dieselbe unter dem 29. Dezember 1863 theils bestätigend theils abändernd. Die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der Inkompetenz der Administrativjustizbehörden wurde verworfen, da es sich um die Frage handle, ob und in wie weit die Straßenbau-

kosten, für welche Ersatz gefordert werde, als ein von der fürstlichen Standesherrschaft in ihrer Eigenschaft als gewesene Markungsinhaberin vormals exemter Waldungen auf öffentliche Wege gemachter nothwendiger Aufwand anzuerkennen seien und daher nach §. 51 der angeführten Instruktion an den Gemeindeschadensumlagen in Abzug gebracht werden dürfen. In der Sache selbst wurde in Betracht, 1) daß den fraglichen Wegen die Eigenschaft von öffentlichen Wegen zukomme, 2) die fürstliche Standesherrschaft nicht schon mit dem Erscheinen des Neusteuerbarkeitsgesetzes vom 18. Juni 1849, sondern erst durch die wirkliche Einverleibung der Waldungen in den Gemeindeverband aufgehört habe, Markungsinhaberin zu sein und daher nach §. 51 der angeführten Instruktion berechtigt sei, die von ihr bis dahin bestrittenen Wegbaukosten, soweit sie zur Erhaltung der fraglichen öffentichen Wege nothwendig gewesen, von der Gemeinde ersetzt zu verlangen, die letztere für verbunden erklärt, den Aufwand zu ersetzen, welcher zur Unterhaltung der öffentlichen Verbindungswege von Michelbach über den sog. Kohlhau nach Oberfischach und über die Burgerklinge nach Herlebach innerhalb der betreffenden Waldungen vom 1. Jan. 1849 bis zum Zeitpunkte der erfolgten Einverleibung (7. April 1852) nothwendig gemacht worden seien, wogegen die Ersatzforderung der Klägerin für ihren dieses Maß übersteigenden Aufwand, sowie die Zinsenforderung, letztere wegen mangelnden Verzugs der Beklagten, abgewiesen wurde. Hiegegen wurde von beiden Theilen Beschwerde erhoben, beide Beschwerden jedoch von dem Ministerium des Innern vom 12. April 1864 abgewiesen. Die Abweisung ist mit folgendem begründet: 1) die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden zur Entscheidung eines Streites über einen Ersatzanspruch auf Grund des mehrerwähnten §. 51, wie darüber, ob den in Frage kommenden Wegen die Eigenschaft öffentlicher Nachbarschaftswege zuzuerkennen sei und bejahenden Falls, welche Verpflichtungen dem Markungsinhaber als solchem

bezüglich dieser Nachbarschaftswege obliegen, könne nicht in Zweifel gezogen werden. 2) Durch die Aussagen der Zeugen sei als dargethan anzunehmen, daß die beiden Wege seit Menschengedenken neben der Holzabfuhr dem allgemeinen öffentlichen Verkehr dienen, 3) die Einverleibung der fürstlichen Waldungen in den dinglichen Gemeindeverband von M. sei in Wirklichkeit erst am 7. April 1852 erfolgt, bis dahin habe also der bisherige Markungsinhaber, jedoch auch nur bis zu diesem Zeitpunkt, unter Vorbehalt des durch den angeführten §. 51. gestatteten Ersatzanspruchs fortzuerfüllen gehabt. Gegen diese Entscheidung erhoben wiederum beide Theile Beschwerde an den Königl. Geheimerath. Nachdem das Königl. Ministerium des Innern in Folge eines Instruktorium des Königl. Geheimenraths über den Inhalt seiner Entscheidung sich dahin geäußert hatte, daß dasselbe über die allein angestellte Klage, welche keine andere als die actio negotiorum gestorum sei, unter Hinweisung darauf, daß der mehrerwähnte §. 51 nur eine Anwendung bestehender Rechtsgrundsätze enthalte, in ihrem ganzen Umfang erkannt und den Anspruch für die Zeit nach dem 7. April 1852 abgewiesen habe, weil von da an für die Klägerin eine Nothwendigkeit, sich in die Geschäfte der beklagten Gemeinde zu mischen, nicht mehr vorgelegen und die Tragung des Aufwands nicht unter solchen Umständen erfolgt sei, welche einen Ersatzanspruch zu begründen vermöchten, erkannte der Königl. Geheimerath unter dem 16. Oktober 1865 nach Erledigung eines an das Königl. Oberamt Gaildorf am $\frac{\text{21. Jan.}}{\text{11. Febr.}}$ 1865 erlassenen Instruktorium, wobei die Ersatzansprüche bis zur Entscheidung liquidirt und beklagterseits der Summe nach anerkannt worden waren, unter Abänderung des Erkenntnisses des Ministerium des Innern und unter Bezugnahme auf die in dem Erlasse an das Oberamt Gaildorf vom $\frac{\text{21. Jan.}}{\text{11. Febr.}}$ 1865 niedergelegten den Partheien bereits mitgetheilten Gründe sei 1) der Anspruch der fürstlichen Standesherrschaft auf Ersatz

der von ihr seit dem 1. Januar 1849 aufgewendeten Kosten für die Unterhaltung des Wegs über den Kohlhau als rechtlich nicht begründet überhaupt abzuweisen; 2) die Theilgemeinde Michelbach aber für schuldig zu erkennen, der fürstlichen Standesherrschaft den zu nothdürftiger Unterhaltung des Nachbarschaftswegs vom Kirchhof in Michelbach durch die fürstlichen Waldungen Burgerklinge und Brandhalde bis zur Markungsgrenze von Herlebach seit dem 1. Jan. 1849 bis jetzt gemachten Aufwand in dem von den Gemeindebehörden bei der oberamtlichen Verhandlung vom 26. September bereits anerkannten Betrag von 208 fl. 39 kr. zu ersetzen, dagegen der Anspruch der fürstlichen Standesherrschaft auf Zinse aus dieser Forderung mit den vorigen Instanzen zurückzuweisen. Die Kosten und die auf 30 fl. berechnete Sportel wurden verglichen. Die Begründung dieser Entscheidung, bezüglich welcher auf den früher ergangenen Erlaß Bezug genommen war, lautet: 1) der Anspruch der fürstlichen Standesherrschaft auf Ersatz der von ihr aufgewendeten Wegunterhaltungskosten hängt vor Allem davon ab, ob die in Frage stehenden beiden Wege als öffentliche den Gesetzen gemäß von dem Markungsinhaber zu unterhaltende Wege zu betrachten sind, so daß die Verpflichtung zur Unterhaltung derselben in Folge der Einverleibung von bisher zur Markung M. noch nicht gehörigen fürstlichen Besitzungen in diese Markung auf die Gemeinde Michelbach überging. Eine solche Eigenschaft des über den Kohlhau direkt nach Oberfischach führenden Wegs ist von der Gemeinde widersprochen und durch die gemachten Erhebungen nicht dargethan. Denn a) hat die fürstliche Standesherrschaft dem in den Jahren 1836 bis 1844 von der Gemeinde Michelbach erhobenen Anspruch auf Herstellung und Unterhaltung dieses Wegs als eines öffentlichen Verbindungswegs mit Oberfischach unter der Erklärung, daß sie diesen Weg bloß für die Zwecke der Holzabfuhr aus ihren Waldungen nach ihrem Gutdünken zu unterhalten habe, mit dem Erfolge widersprochen, daß

ihr bis zum Jahre 1849 eine entsprechende Leistung nicht hat auferlegt werden können, wie auch eine solche Verpflichtung gegen die Gemeinde Oberfischach wegen der zu der letztern Markung gehörigen Wegstrecke nicht einmal geltend gemacht wurde; b) könnte die öffentlich rechtliche Verpflichtung der fürstlichen Standesherrschaft in Absicht dieses Wegs allein darauf gegründet werden und wurde allein darauf gegründet, daß die Waldungen, durch welche der Weg zieht, als eigene Markungen bildend anzusehen gewesen, eine solche Verpflichtung hätte sich aber keinenfalls auf die größere Hälfte des Wegs, welche theils zwischen bürgerlichen Gütern und Waldungen theils zwischen Besitzungen der fürstlichen Standesherrschaft, die unbestritten zur Markung Michelbach schon früher gehört haben, gelegen ist, welche aber gleichwohl von der Standesherrschaft erhalten wurde, erstrecken können, indem die Landesordnung tit. 87 und die Verordnungen vom 3. Juli 1812 und 19. Juni 1828 die Wegunterhaltungspflicht dem Inhaber der Markung als solchem auferlegen, so daß auch deßfalls anzunehmen ist, daß die fürstliche Standesherrschaft den Weg überhaupt nicht in Erfüllung einer ihr als Markungsinhaberin obliegenden Verpflichtung unterhalten habe; c) könnte überhaupt nicht wohl die Verpflichtung des betreffenden Markungsinhabers zu der Unterhaltung zweier Wege für den geringen Verkehr der in Frage stehenden Nachbarorte, der auf den einen oder andern, nach den eigenen frühern Erklärungen der Standesherrschaft vorzugsweise auf den Herlebacher Weg verwiesen werden wollte, als begründet angenommen werden; d) thun die Aussagen der vernommenen Zeugen im Wesentlichen nur dar, daß, so lange die Zeugen gesehen, der Weg über den Kohlhau, so wie er jeweilig beschaffen war, und selbst ohne Einhaltung bestimmter Wegbahnen, zeitweise bei trockener Witterung neben andern Wegen für den Nachbarschaftsweg benützt worden ist, wogegen sie nicht behaupten, daß früher oder jetzt ein Recht auf solche Benützung geltend

gemacht wurde; ja der Weg ist von Zeugen aus der wesentlich dabei interessirten Gemeinde Oberfischach für ganz entbehrlich erklärt worden; e) kann die Bezeichnung des Wegs im Primärkataster und in den Flurkarten als eines Vicinalwegs deßhalb nicht in Betracht kommen, weil sich diese Bezeichnung nur auf Angaben der Urkundspersonen gründet und mit den thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen hinsichtlich der Unterhaltung des Wegs im Widerspruch steht. 2) Was dagegen den Weg über die fürstlichen Waldungen Burgerklinge und Brandhalde nach Herlebach betrifft, so muß, nachdem dieser Weg von der Gemeinde Michelbach in ihren Erklärungen bei dieser Streitsache wiederholt als ein nach Erforderniß zu unterhaltender öffentlicher Weg anerkannt worden ist, die fürstliche Standesherrschaft aus den der Entscheidung der vorigen Instanz beigefügten Gründen für berechtigt erachtet werden, den Aufwand, welcher vom 1. Januar 1849 bis 7. April 1852 auf die gehörige Unterhaltung derjenigen Strecke dieses Wegs, welche durch die benannten, früher eine eigene Markung bildenden, in Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 aber der Gemeindemarkung M. einverleibten und eben damit an allen Rechten und Lasten der Markungsbestandtheile Antheil habenden Waldungen zieht, zu machen war und von ihr wirklich gemacht wurde, von der Gemeinde ersetzt zu verlangen, indem die Einrede der Gemeinde, daß der Weg auf den 1. Januar 1849 erst in guten Stand zu bringen gewesen wäre, schon deßhalb nicht zu beachten ist, weil nirgends nachgewiesen, daß bis dahin an den Markungsinhaber Anforderungen wegen dieses Wegs gestellt worden und in deren Erledigung ein Verzug eingetreten gewesen sei. — Außerdem aber kann die Standesherrschaft, obgleich sie nach dem 7. April 1852 nicht mehr als Markungsinhaberin für die Gemeinde zu handeln, rechtlichen Anlaß gehabt hat, doch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (l. 3 §. 2 D. XV, 3. de in rem verso) auch die Vergütung desjenigen Aufwands fordern, welchen

die Gemeinde, wenn sie sich ihrer Obliegenheit gemäß des betreffenden Weges angenommen hätte, auf die ganze Ausdehnung desselben seit dem 7. April 1852 und auf die zwischen bürgerlichen Gütern hinziehende Strecke desselben auch schon vom 1. Januar 1849 bis 7. April 1852 unumgänglich hätte machen müssen, durch dessen Nichtleistung daher die Gemeindekasse ungebührlich bereichert wurde."

24) Die Verpflichtung der Gemeinde, einen öffentlichen Feld- oder Güterweg ihrer Markung zu unterhalten. Ein entgegenstehendes Herkommen wird durch den Mangel des Nachweises eines auf öffentliche Feldwege gemachten Gemeindeaufwandes, sowie durch einzelne von den Güterbesitzern vorgenommene Reparaturen, sofern diese nicht nachweislich auf der Annahme dieses Herkommens, einer diesem entsprechenden Verpflichtung vorgenommen wurden, nicht erwiesen. Merkmal eines öffentlichen Feldweges.

Einen von Seiten der v. H.'schen Gutsherrschaft gegen die Gemeinde Amlishagen erhobenen Anspruch auf Unterhaltung eines in der Markungskarte als Feldweg Nr. 14 bezeichneten Weges hatte der Gemeinderath bestritten, da der fragliche Weg kein öffentlicher Güterweg sei und in der Gemeinde das Herkommen bestehe, daß auch die öffentlichen Feldwege von den umliegenden Güterbesitzern unterhalten werden müssen. Die Eigenschaft des nur von Fußgängern als Verbindungsweg zwischen den Gemeinden Amlishagen und Beimbach benützten Weges als öffentlichen Vicinalweges war von Seiten der Kläger nicht behauptet, vielmehr zugegeben, daß er zum Fahren nur als Güter- und Holzabfuhrweg diene und daß zwischen beiden Orten ein anderer, um 965' längerer Verbindungsweg bestehe. In Bestätigung einer unter Abänderung der oberamtlichen Entscheidung ergangenen Entscheidung der Königl.

Kreisregierung vom 10. September 1863 wurde die beklagte Gemeinde durch Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern vom 12. Juni 1866 für schuldig erklärt, den in Frage stehenden Weg nach Vorschrift der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 als öffentlichen Weg herzustellen und zu erhalten und die Kosten der Ministerialinstanz, sowie die auf 10 fl. festgesetzte Sportel allein zu tragen. Gestützt wurde diese Entscheidung auf folgende Erwägungen: „1) Die Eigenschaft des in Frage stehenden Weges als eines öffentlichen sei als erwiesen anzunehmen, indem a) derselbe nicht nur in die Markungskarte von 1814 als Weg nach Beimbach eingetragen, sondern auch mit Bezugnahme hierauf in dem Vertrag vom 9. April 1833 zwischen den Gemeinden und der Gutsherrschaft bedungen worden sei, daß auf dem der Gutsherrschaft verbleibenden Antheil am L. Wasen ein öffentlicher Feld- und Kommunikationsweg nach Beimbach, wie er in jener Flurkarte von 1814 bezeichnet sei, geduldet werden müsse, womit, da es sich hiernach um das fernere Dulden eines schon bestehenden Weges gehandelt habe, von selbst das Vorbringen des Gemeinderathes, daß dieser Vorbehalt gemacht worden sei, weil man damals noch nicht gewußt habe, auf welchem Weg die Verbindung zwischen Amlishagen und Beimbach hergestellt werden solle, und daß, nachdem die Verbindung dieser Orte in einer anderen Richtung hergestellt worden sei, die Nothwendigkeit der Herstellung des Weges weggefallen sei, von selbst seine Wiederlegung finde; b) auch in dem Ruggerichtsprotokoll vom 17. Juni 1846 der fragliche Weg als ein nothwendiger und althergebrachter von Amlishagern und Beimbachern befahrener Güterfahrweg bezeichnet sei; c) eine spätere Aenderung der Eigenschaft des Weges durch Beschränkung seines Gebrauches nicht nur nicht dargethan sei, sondern aus den Aussagen der vernommenen Zeugen sich ergebe, daß derselbe als Fußweg noch jetzt zum allgemeinen Gebrauch diene und auch in einzelnen Fällen von solchen, die in

dem betreffenden Gewand nicht begütert seien, unbeanstandet zum Fahren, so weit es die schlechte Beschaffenheit zulasse, benützt worden sei; 2) der Beweis eines die Unterhaltungspflicht der Gemeinde beseitigenden Herkommens sei nicht erbracht, indem zwar aus den Gemeindepflegrechnungen für einen längeren Zeitraum erhoben sei, daß auf den in Frage stehenden Weg von der Gemeinde keine, auf andere öffentliche Feldwege nur wenige Ausgaben verwendet worden, welche vereinzelten Verwendungen übrigens immerhin gegen das behauptete Herkommen sprechen, zumal in den Protokollen über die ihnen zu Grund liegenden Beschlüsse sich keine Andeutung dafür finde, daß es sich hier von Ausgaben, zu denen die Gemeinde an sich nicht verpflichtet wäre, handle, daß aber auch abgesehen hievon die bloße Thatsache, daß die Gemeinde Nichts oder wenig verwendet habe, noch nicht beweise, daß die in Frage stehende Verpflichtung vermöge Herkommens einem Anderen, insbesondere, wie behauptet sei, den Nebenliegern obliege, hiezu vielmehr der Beweis concludenter positiver Thatsachen erforderlich sei, welcher durch die Aussagen derjenigen Zeugen, die angegeben haben, daß die Unterhaltung von den Nebenliegern besorgt werde, deßhalb nicht als hergestellt angenommen werden könne, weil diese Angaben zu allgemein lauten und nicht erkennen lassen, ob und welche einzelnen Fälle hiebei die Zeugen im Auge haben, und ob die etwa vorgenommenen Reparaturen unter solchen Umständen erfolgten, daß auch die subjektive Voraussetzung des Herkommens, die Anerkennung einer Verpflichtung als begründet angenommen werden könne; daß überdieß gegen das behauptete Herkommen der Umstand spreche, daß in dem Vertrag vom 8. Januar 1833 die Gemeinde der Gutsherrschaft gegenüber sich zur Unterhaltung aller derjenigen Wege im Orte und auf der Markung, welche nicht zum ausschließlichen Privatgebrauch der Gutsherrschaft dienen, zu welchen nach dem unter Nr. 1 Ausgeführten der Feldweg Nr. 14 nicht gehöre, mit Ausnahme eines weiteren

nicht hierher gehörigen Weges verpflichtet habe, insofern nicht einzusehen wäre, aus welchem Grunde der Gutsherrschaft, welche damals noch nicht zur Gemeindesteuer beigetragen, in Beziehung auf die Unterhaltung von Wegen günstigere Bedingungen gestellt worden sein sollten, als den steuerpflichtigen Güterbesitzern; 3) ein besonderer Rechtstitel, auf Grund dessen die Gutsherrschaft wegen Unterhaltung des in Frage stehenden Weges in Anspruch genommen werden könnte, könne in dem Umstand, daß dieselbe in Folge des Ruggerichtsrecesses von 1846 eine Verbesserung an dem Weg vorgenommen, nicht gefunden werden, da diese vereinzelte, überdieß auf einem besonderen Grund beruhende Thatsache eine dauernde und regelmäßige Verpflichtung der Gutsherrschaft nicht erzeugen könnte."

Die hiegegen von der Gemeinde A. erhobene Rekursbeschwerde wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 10. Oktober 1866 unter Verweisung auf die angeführten Gründe abgewiesen.

25) Vertheilung der den betheiligten Gutsbesitzern obliegenden Pflicht zur Unterhaltung eines Feldweges nach zwei Beitragsklassen im Wege der Uebereinkunft der großen Mehrheit derselben.

Durch Uebereinkunft vom 30. Oktober 1863 wurde zwischen der Stadt Ravensburg und den betheiligten Güterbesitzern bezüglich der Herstellung eines im Ergänzungsband zum Primärkataster als Feldweg Nr. 30 bezeichneten, den Güterbesitzern zugeschriebenen und auch von diesen bisher höchst wahrscheinlich unterhaltenen Weges festgestellt, daß die betheiligten Güterbesitzer in zwei Klassen künftig, je 2 fl. 30 kr. und 3 fl. 30 kr. pro Morgen, beizutragen haben, wogegen die Stadt die Lieferung der Handarbeiten zusagte. Einer der Güterbesitzer A. Br. verweigerte den Beitritt und die Bezahlung, indem er vorbrachte, der fragliche Weg sei ihm zwar nothwendig, um auf sein Gut

Parzelle $\frac{539}{2}$ zu gelangen, er nehme aber für diese Parzelle, zumal da sein Beitrag auch abgesehen hiervon schon mehr als 100 fl. betrage, Befreiung in Anspruch, weil er als Besitzer dieser Parzelle auch an der Unterhaltung eines anderen Weges Theil zu nehmen habe und die Kosten der Wegherstellung bereits ohne seine Theilnahme mehr als gedeckt seien, auch die gleichmäßige Vertheilung der Kosten das allein richtige wäre. Der Ausschuß der Güterbesitzer, welcher zur Verhandlung dieser Streitsache gewählt worden war, und der Gemeinderath in R. erklärten in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des letzteren, gegen welchen Br. Beschwerde bei dem Oberamt R. erhoben hatte, die Verpflichtung des Br. folge daraus, daß er den Weg für die in Frage stehende Parzelle Nr. $\frac{539}{2}$ nothwendig brauche, auch mehr als $^2/_3$ der Güterbesitzer, nach dem Steuercapital wie der Personenzahl und dem Güterbesitz nach die Uebereinkunft genehmigt haben und die Eintheilung der Güter in zwei Beitragsklassen aus der Verschiedenheit der Herstellungskosten für zwei Wegstrecken sich rechtfertige. Das Oberamt R. erkannte am 22. September 1864, es habe A. Br. mit seinem Grundstücke Nr. $\frac{539}{2}$ zu den Kosten der Herstellung des Feldweges in Frage in 2. Klasse 3 fl. 30 kr. pro Morgen beizutragen und die auf 1 fl. festgesetzte Sportel zu entrichten. Die hiegegen erhobenen Beschwerden wurden in der Instanz der Kreisregierung, des Ministerium des Innern und des Geheimenrathes abgewiesen. Die abweisende Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern vom 23. Mai 1865 war damit begründet, daß 1) die Unterhaltung des fraglichen Feldweges unbestrittenermaßen den Eigenthümern derjenigen Güter obliege, für welche derselbe benützt werde; 2) daß Br. nach seinem eigenen Anerkenntnisse, um auf die Parzelle Nr. $\frac{539}{2}$ zu gelangen und die Felderzeugnisse einzubringen, den fraglichen Weg (auf einer bestimmten Strecke)

nöthig habe und folglich auch der Theilnahme an den Kosten der Unterhaltung desselben sich nicht entschlagen könne, woran selbstverständlich der Umstand, daß der Feldweg Nr. 30 sich nicht unmittelbar bis zu jener Parzelle erstrecke, sondern Rekurrent, um zu solcher zu gelangen, auch noch einen andern Feldweg benützen müsse, Nichts zu ändern vermöge, wie auch die Thatsache, daß alle übrigen jenseits der Bahnlinie gelegenen Güter mit einziger Ausnahme der Parzelle Nr. $\frac{539}{2}$ zur Theilnahme an der Unterhaltung des fraglichen Feldweges nicht beitragen, nichts zu Gunsten des Rekurrenten beweise, da diese den Weg überhaupt nicht zu benützen in der Lage seien; 3) daß endlich der Rekurrent gegen die Eintheilung der beitragspflichtigen Grundeigenthümer in zwei Klassen mit verschiedener Beitragsquote sowie gegen die für die höhere Beitragspflicht der zweiten Klasse maßgebenden Gründe an und für sich Nichts einzuwenden erklärt habe. Die Entscheidung des Königl. Geheimenrathes vom 7. Juni 1766 wurde damit begründet, daß abgesehen von der Frage, ob die Ausübung eines weiteren Rekursrechtes hinsichtlich des Werthes des Streitgegenstandes zulässig sei, der Beschwerdeführer die den Entscheidungen der vorigen Instanzen beigefügten Gründe nicht zu widerlegen vermocht, insbesondere nicht darzuthun gewußt habe, daß die nach der Regel des Art. 31 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 und nach der Lage der Gutsparzelle Nr. $\frac{539}{2}$ gegenüber dem Feldweg Nr. 30 in dem Anwesen des Rekurrenten im Allgemeinen begründete Beiziehung dieser Parzelle zu den Kosten der Herstellung des genannten Weges durch eine, jene Regel näher bestimmende und begrenzende örtliche Vorschrift oder Uebung ausgeschlossen wäre, vielmehr das Gegentheil nach den Erklärungen des Gemeinderathes mit Sicherheit anzunehmen sei.

26) **Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden im Falle eines Streits über das Recht**

auf Benützung eines öffentlichen Feldweges zu andern als Feldbauzwecken; Aktivlegitimation einzelner zur Wegunterhaltung verpflichteter Grundbesitzer zu Anstellung der Klage gegen eine angeblich unberechtigte Benützungsart. Die Benützung der öffentlichen Feldwege durch die Markungsinhaber ist an sich nicht auf den Zweck der Bebauung der anliegenden Güter beschränkt.

A. und B. H. von O. einer Parzelle der Gemeinde D. erhoben gegen die Benützung eines von der Ziegelei des Fr. X. K. von dort nach O. führenden Weges mit schwerem Ziegelfuhrwerk Einsprache. Sie bestritten die öffentliche Eigenschaft dieses Weges und die Befugniß denselben, auch wenn er ein öffentlicher Güterweg wäre, zu gewerblichen Zwecken zu benützen. Durch Vertrag vom 16. März 1844 hatten sich die Partheien, bzw. deren Rechtsvorgänger mit der Gemeinde dahin verständigt, daß ihnen die fernere Unterhaltung des Weges nach erstmaliger Herstellung durch die Gemeinde obliege. Nach längeren Verhandlungen erkannte das Oberamt W. unter Verurtheilung des beklagten Ziegeleibesitzers K. in die Kosten und die auf 3 fl. angesetzte Sportel, daß die bestrittene Wegstrecke zwar als öffentlicher Güterweg anzuerkennen sei, der Beklagte übrigens nicht das Recht habe, diesen Weg für den Betrieb der Ziegelei zu benützen. Auf erhobene Beschwerde hob die Kreisregierung in Ulm die oberamtliche Entscheidung wegen Unzuständigkeit auf, davon ausgehend, daß die angestellte Klage eine „rein privatrechtliche Negatorienklage sei," welche Verfügung jedoch von dem Ministerium des Innern mit der der Kreisregierung ertheilten Weisung, den Streit materiell zu entscheiden, außer Wirkung gesetzt wurde. Die Königl. Kreisregierung erkannte sofort am 27. Mai 1871 unter Aufhebung der oberamtlichen Entscheidung, daß die Kläger wegen mangeln-

der Legitimation zur Sache abzuweisen seien, da nicht ihnen, sondern nur der Gemeinde ein Recht zustehen könne, die Benützung eines öffentlichen Weges ganz oder theilweise zu verbieten, den Klägern also ein Anspruch darauf, daß der Beklagte den Weg nur in der von ihnen behaupteten beschränkten Weise benützen dürfe, gar nicht zukomme. Auf erhobene Beschwerde des A. H. und Gen. änderte das Königl. Ministerium des Innern unter dem 12. December 1871 diese Entscheidung der Königl. Kreisregierung dahin ab, daß der Beklagte Fr. X. K. nicht berechtigt sei, den im Streit befindlichen Weg zu Fuhren für die Zwecke seiner Ziegelbrennnerei zu benützen. Die Kosten und die auf 6 fl. 36 kr. festgesetzte Sportel wurden verglichen. Auf die sodann von dem Beklagten ergriffene Beschwerde erkannte der Königl. Geheimerath unter dem 20. April 1872 unter Vergleichung der Kosten, daß der Rekurrent nicht gehindert werden könne, sich des fraglichen Weges auch als Verbindungsweges für seine auf der Markung O. gelegene Ziegelbrennerei, insbesondere zur Abfuhr seiner Ziegelwaaren zu bedienen, wobei übrigens dem Gemeinderathe D. bzw. den Wegbaupflichtigen überlassen bleibe, falls die Voraussetzungen des Art. 33 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 zutreffen sollten, die dort vorgesehene besondere Vergütung in Anspruch zu nehmen. Diese Entscheidung beruht auf folgenden Erwägungen: 1) wie aus der Gleichstellung der Nachbarschafts- und Güterwege in §. 1 der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828, sowie aus den ständischen Verhandlungen über den Art. 33 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 sich ergebe, schließe die Eigenschaft eines Weges als Feldweg, dessen Benützung auch zu anderen Zwecken, als demjenigen der Bebauung der anliegenden Güter durch die Markungsgenossen nicht ohne Weiteres aus[1]; 2) was den vorliegenden Fall

[1] Daß bei der Verhandlung der Kammer der Abgeordneten über den Art. 33 des Feldweggesetzes einzelnen Aeußerungen von Abge-

betreffe, so habe der im Streit befangene Weg unbestrittenermaßen den Bewohnern der an demselben erbauten Höfe schon bisher als Verbindungsweg mit der Gemeinde O. sowie zur Beiführung ihrer häuslichen Bedürfnisse gedient, eine Beschränkung des Rechts der Benützung dieses Wegs durch das Herkommen sei nicht angezeigt, auch könne die dem Rekurrenten bei der Ertheilung der Erlaubniß zur Errichtung seiner Ziegelhütte gemachte Auflage als eine Beschränkung seines dießfallsigen Rechts nicht angesehen werden, da er seine Rechtszuständigkeiten ausdrücklich gewahrt habe.

27) Unterhaltungspflicht der Gemeinden bezüglich der Staatsstraßen innerhalb der Ettersgrenze. Merkmale der letztern.

Die Straße Nagold-Altensteig wurde 1859 von dem Staat übernommen. Der Stadtgemeinde Altensteig blieb die nach §. 4 lit. a und §. 5 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 den Gemeinden zugewiesene Unterhaltung des innerhalb Etters belegenen Theils dieser Straße. Bei der Uebernahme wurde die Ettergrenze an das L.'sche Wirthshaus gesetzt, wobei bemerkt wurde, daß die 260′ entfernte seitwärts der Straße stehende Lohmühle nicht zum Etter gerechnet werden könne. Nach Errichtung einer Scheuer, bezüglich welcher der Gemeinderath bei Behandlung des Baugesuchs bemerkte, daß sie außerhalb Etters zu stehen komme, wo noch keine Baulinie bestehe, wurde die Vor-

---

ordneten die Annahme zu Grunde lag, daß die Benützung der Güter- oder Feldwege nicht auf den landwirthschaftlichen Betrieb und die Abfuhr der Erzeugnisse der anliegenden Güter beschränkt sei, dürfte nicht als Beweis für die hier angenommene Regel entscheidend sein. Der bisherigen Praxis des Ministerium des Innern scheint der von dem Königl. Geheimenrath ausgesprochene Grundsatz nicht zu entsprechen. Vgl. dieses Archiv V. S. 395 II. und III., übrigens auch oben Nr. 16 und 19.

rückung der Ettergrenze bis zur Lohmühle auf Weisung der Bauabtheilung des Königl. Ministerium des Innern unter Berufung darauf verlangt, daß nach bisher befolgten Grundsätzen einer Ministerialinstruktion von 1845, einzelne Gebäude, welche mehr als 300′ außerhalb des geschlossenen Wohnbezirks liegen, bei Bestimmung der Ettergrenze ohne Unterschied, ob nur an einer oder beiden Seiten der Staatsstraße Gebäude stehen, außer Beachtung zu lassen seien, die Lohmühle aber nur 270′ entfernt und nunmehr eine Scheuer dazwischen gebaut sei. Von Seiten des Gemeinderaths wurde eingewendet, daß die Scheuer keine Fortsetzung des Wohnbezirks bilde. Das oberamtliche Erkenntniß vom 17. Januar 1866 wies den Anspruch der Bauabtheilung ab. In Uebereinstimmung mit der abändernden Entscheidung der Königl. Kreisregierung vom 20. Juni 1865 und der die letztere bestätigenden Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern vom 7. November, durch welches die Ettergrenze an das Ende der L.'schen Scheuer gesetzt wurde, verwarf der Königl. Geheimerath durch Beschluß vom 11. Januar 1866 die erhobene Beschwerde des Gemeinderaths unter Verurtheilung desselben in die auf 6 fl. festgesetzte Sportel, „in Betracht, daß vermöge der Lage des einen integrirenden Theil des L.'schen Anwesens bildenden, von der Straße nur durch einen Hof und einen Garten getrennten Brauereigebäudes der Etter von Altensteig schon bisher sich rechtlich bis an den ersten Wassergraben erstreckt habe, daß sodann die neuerdings erbaute Scheuer des L. dieser Ettergrenze sich so nahe anschließe, als es nach den bestehenden feuerpolizeilichen Vorschriften überhaupt zulässig sei, daß daher der zwischen der Scheuer und dem Wassergraben liegende schmale Streifen der Wiesenparzelle Nr. 955 nicht als eine Unterbrechung des Etters angesehen werden könne."

28) Die baupolizeilichen Vorschriften über Entfernung der Gebäude von Waldungen u. s. f. wegen

Feuergefährdung geben dem Besitzer der angeblich gefährdeten Objekte abgesehen von privatrechtlichen Einwendungen kein im Administrativjustizwege verfolgbares Einspracherecht.

Der Gutsbesitzer G. M. von Oberth., OA. Ulm, hat im Jahre 1842 auf einem ihm zugehörigen Grundstück außerhalb Etters in der Nähe von Waldungen, welche der v. B.'schen Fideikommißherrschaft gehören, einen Sommerbierkeller mit baupolizeilicher Erlaubniß errichtet und in demselben ohne solche eine Feuerungseinrichtung hergestellt. Aus Anlaß eines im Jahre 1870 eingereichten Gesuchs um Gestattung der Errichtung einer Scheuer mit Stallung bei diesem Bierkeller wurde hiegegen und gegen die bestehende Feuerungseinrichtung von Seiten der Eigenthümerin des Waldes unter Berufung darauf Einsprache erhoben, daß diese Gebäude im Widerspruch mit Abs. 7 des §. 1 der Instruktion zu Art. 1 des II. Hochbaugesetzentwurfs, welcher eine Entfernung von 400′ von Waldungen verlange, diesen vorgeschriebenen Abstand nicht haben. Das hierüber vernommene Forstamt Söflingen sprach sich dahin aus, daß wenn bei gefüllter Scheuer und bei Südwind ein Brand entstünde, der nur 31—34′ entfernte von B.'sche Wald um so mehr gefährdet wäre, als bei der isolirten Lage des Gebäudes Hilfe nicht sofort bei der Hand sein könnte. Gegen den Antrag der städtischen Bauschaukommission wies die Königl. Kreisregierung in Ulm das durch Anträge bezüglich einer Abänderung der bestehenden Feuerungseinrichtung ergänzte Baugesuch ab und machte dem G. M. die Auflage, die bestehende Feuerungseinrichtung zu entfernen. Durch Beschluß vom 4. April 1871 genehmigte jedoch das Königl. Ministerium des Innern das M.'sche Gesuch, wogegen die v. B.'sche Fideikommißherrschaft Beschwerde bei dem Königl. Geheimenrath erhob. Unter dem 17. Juli 1871 erging hierauf folgender Beschluß des

Königl. Geheimenraths:[1] Da die Bauordnung von 1655 tit. „Wie vor den Städten oder Flecken zu bauen" die Ertheilung der Erlaubniß zur Errichtung von Gebäuden außerhalb Etters lediglich in das pflichtmäßige Ermessen der Baupolizeibehörde stelle, so erscheine die von B.'sche Fideikommißherrschaft zu Oberth., zumal eine positive Benachtheiligung derselben in Folge der mittelst Entschließung des Königl. Ministerium des Innern vom 4. April d. J. dem Oekonom M. gestatteten Heizbarmachung seines in der Nähe des v. B.'schen Waldes gelegenen Sommerkellers und die Errichtung einer Scheuer neben letzterem nicht bescheinigt sei, durch die gedachte Entschließung, wodurch die Geltendmachung etwaiger privatrechtlicher Einwendungen gegen das M.'sche Bauwesen vor dem Civilrichter ausdrücklich vorbehalten worden, in einem ihr zustehenden öffentlichen Rechte nicht als verletzt und sei daher die gegen jene Entschließung erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

29) Haben die Nachbarn ein Recht auf Einhaltung öffentlicher Baupolizeivorschriften? Verneinung der Frage bezüglich des von der Bau-

[1] Obwohl diese Entscheidung des Königl. Geheimenraths auf der Bauordnung von 1655 beruht, so hat ihre Veröffentlichung doch noch praktisches Interesse, da der in derselben zur Anwendung gebrachte Grundsatz durch die Erlassung der neuen Bauordnung wohl keine Aenderung erleidet. Der hierher gehörige, von den Kammern unverändert angenommene Art. 31 des Entwurfs bestimmt, daß über die Entfernung neuer Bauten von Waldungen, Lager-, Holzabstoß- und Wasenplätzen, Eisenbahnlinien, Landstraßen und öffentlichen Wassern, sowie von Friedhöfen durch das Ortsbaustatut oder im einzelnen Fall Bestimmung zu treffen ist. Ein subjektives Recht auf Einhaltung bestimmter Entfernungen außer den in dem IV. Abschnitt, den nachbarrechtlichen Bestimmungen enthaltenen privatrechtlichen Beschränkungen kennt sonach die neue Bauordnung, wie sie aus den ständischen Berathungen hervorgegangen ist, so wenig als das bisherige Recht.

polizeibehörde in der Regel verlangten Abstandes der Häuser in Stuttgart.[1]

1) Nach dem Baugesuch der W. H. B. in Stuttgart kam die nördliche Seite des beabsichtigten Neubaues nur 9′ von der Eigenthumsgrenze der Besitzer der nächstgelegenen Häuser des E. M. und Genossen zu stehen. Die städtische Bauschau beantragte die Einhaltung des ganzen nach den für die Stadt Stuttgart bestehenden baupolizeilichen Vorschriften als Regel aufgestellten Abstandes von 10′. Die Bauabtheilung des Gemeinderaths erklärte sich für das Baugesuch, indem sie es, abgesehen von andern Gründen, nicht als billig erachtete, dem Baulustigen gegenüber von den Nachbarn, welche hart bis an die Grenze gebaut hatten, den ganzen Abstand von 10′ aufzuerlegen, wobei die Bauabtheilung bezüglich der weitern Einwendung, daß den bezeichneten Häusern eine Wegservitut zustehe, welche durch den beabsichtigten Neubau verletzt werde, bemerkte, daß dieser Anspruch bei dem Civilrichter zu verfolgen sei. Zufolge Erlasses des Königl. Ministerium des Innern vom 8. August 1870 wurde das Baugesuch „vorbehältlich der Rechtszuständigkeiten der Nachbarn" genehmigt und die Erweiterung des Abstandes von 9′ auf 10′ von Polizeiwegen nicht gefordert. Auf die hiegegen erhobene Beschwerde faßte der Königl. Geheimerath unter dem 23. Mai 1871 folgenden Beschluß: Durch die Normalverfügung des Königl. Ministerium des Innern vom 19. März 1840 sei zwar den Stuttgarter Baubehörden die Weisung ertheilt worden, bei der Errichtung von Gebäuden in den neuen Straßen für die Einhaltung eines Abstandes von mindestens 10′ je zwischen zwei Gebäuden Sorge zu tragen. Ein Recht der Gebäudeeigenthümer jedoch, die Beobachtung jenes Minimalabstandes unter allen Umständen zu verlangen, habe durch die erwähnte (nicht veröffentlichte)

[1] Vgl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 249 insbes. Note 6 S. 258 insbes. Note 13 Bd. XV. Heft I. S. 43 insbes. Note 53.

Normalverfügung weder begründet werden wollen noch können. Vielmehr könne nach dem Titel der Bauordnung von 1655 „Von newen Gebäuen auf newe Hofstätt" selbst der Eigenthümer eines Gebäudes, welches an der Seite des Nachbars Gerechtigkeit zu Licht und Luft habe, mehr nicht verlangen, als daß letzterer, wenn er baue, 3 Werkschuh von der Grenze auf sich selbst zurückweiche. Selbst diese Entfernung nun bleibe nach dem bei den Akten befindlichen Situationsplan — zwischen den Häusern Nr. 2 und 4 der Rekurrenten — und dem projektirten Neubau auch in dem Falle noch übrig, wenn der Zwischenraum nicht von Wand zu Wand, sondern von der äußern Seite der an dem Hause Nr. 2 befindlichen nicht ganz 6′ breiten Freitreppe zu messen sei. Man wolle daher die Beschwerde — — als unbegründet abgewiesen haben ꝛc.

2) Ebenso entschied der Königl. Geheimerath in der Beschwerdesache der Gebrüder Th. in Stuttgart durch folgenden Beschluß vom 2. Oktober 1872: Da die Normalverfügung des Königl. Ministerium des Innern vom 19. März 1840 betreffend die Einhaltung von gewissen Gebäudeabständen in den neuen Straßen nur eine Richtschnur für die nachgesetzten Behörden hinsichtlich ihres Verhaltens bei Baukonzessionsgesuchen zu bilden bestimmt sei, den Gebäudeeigenthümern aber ein Recht, die Beobachtung eines Minimalabstandes von 10′ unter allen Umständen zu verlangen, darin habe weder eingeräumt werden wollen noch können, so erscheine die Berufung der Rekurrenten auf die gedachte nicht öffentlich bekannt gemachte Verfügung behufs der Begründung ihres Anspruchs der Einhaltung eines Abstandes von 10′ von ihrer Eigenthumsgrenze nicht als zutreffend und ebensowenig sei derselbe nach den Bestimmungen der Bauordnung von 1655 tit. „von neuen Gebäuen auf newe Hofstätt" und „vom Traufrecht" als gerechtfertigt zu erkennen. Es werde daher die Beschwerde der Gebrüder Th. gegen die Entschließung des Königl. Ministerium des Innern, durch welche ein Abstand von nur

2′ von der Eigenthumsgrenze auferlegt worden sei, abgewiesen, sofern die Rekurrenten durch die gedachte Entschließung als in einem ihnen zustehenden öffentlichen Rechte verletzt nicht angesehen werden können und die von ihnen geltend gemachten sonstigen Gründe für die oberste Verwaltungsjustizbehörde keinen Gegenstand der Entscheidung bilden.

30) Der Accisepflicht unterliegt nach §. 1, §. 2 Ziff. 8 und 11 des Gesetzes vom 18. Juli 1824 jeder Vertrag, welcher sich als Kauf oder Tausch rechtlich darstellt, daher auch die Abfindung von Realgemeinde- und anderen Realrechten durch Abtretung an Liegenschaften. Ausgenommen sind nur die in Anwendung der Ablösungsgesetze zwangsweise erfolgten Ablösungen. Im Fall eines Tauschvertrags ist der vertragsmäßig angenommene Werth der Tauschobjekte der Acciseberechnung zu Grunde zu legen.

(Erster Fall.) Die Lehnbauern zu Oberhallwangen, OA. Calw, schloßen mit der Gemeinde einen Vertrag, durch welchen ihnen für ihre zu 67955 fl. geschätzten Vorzugsrechte im Genuß der bürgerlichen Holznutzungen 393⁷/₈ M. vom Gemeindewald, zum gleichen Werth geschätzt, als Privateigenthum abgetreten wurden. Aus dem einfachen Betrage des geschätzten Werthes wurde Accise angesetzt, weil der Vertrag zugleich eine Ablösung oder Consolidirung der früheren Beholzungsrechte zur Folge hatte und auch frühere Abfindungen von Holzgerechtigkeiten mittelst Waldabtretung, wobei jene aufgehoben wurden, ebenso behandelt worden sind. Auf erhobene Beschwerde, welche darauf gestützt war, daß das Rechtsgeschäft weder Kauf noch Tausch sei, auch die Ablösung einer Realservitut der gerichtlichen Bestätigung nicht bedürfe, erkannte der Geheimerath am 30. April 1851 den Ansatz der Accise als rechtlich begründet, in der Erwägung, daß nach §. 11 des Accisege-

setzes alle Kontrakte über liegende Güter, Gebäude, Grundgefälle, ewige Renten und Realgerechtigkeiten, worüber gerichtlich erkannt werde, der Acciseabgabe unterliegen und die in §. 2 Ziff. 2 angeführten Ausnahmen nicht zutreffen und daß der Vertrag wegen Uebertragung des Eigenthumes von 393⁷/₈ M. Gemeindewald an die Rekurrenten gegen Abtretung der Beholzungsrechte derselben an die Gemeinde nichts Anderes als ein Tauschvertrag sei, indem Rechte und Gefälle ebensowohl als körperliche Sachen Gegenstand eines Tauschvertrages sein können. Von der Frage, ob hiernach nicht der Ansatz einer doppelten Accise begründet wäre, wurde Umgang genommen.

(Zweiter Fall.) In einem unter dem 16. Juni 1862 abgeschlossenen Vergleiche zwischen der politischen Gemeinde Machtolsheim und 88 Gemeinderechtsbesitzern haben letztere auf ihre bisher bestrittenen Holznutzungsansprüche an die Gemeindewaldungen gegen Abtretung von 164⁵/₈ M. dieser Waldungen verzichtet und es wurde am gleichen Tage über diesen Vergleich erkannt. Gegen den von dem Finanzministerium bestätigten Acciseansatz wurde Beschwerde an den Königl. Geheimenrath erhoben und diese darauf gestützt, daß das Rechtsgeschäft nur ein Vergleich über bestrittene Ansprüche, somit weder Kauf noch Tausch und daher nicht accisepflichtig sei. Durch Beschluß des Königl. Geheimenraths vom 6./19. November 1862 wurde die Beschwerde abgewiesen, da der Vergleich einen Tausch enthalte, durch welchen das ein Realrecht bildende Waldnutzungsrecht einerseits und gegen Verzicht auf dasselbe ein Stück des Waldes andererseits hingegeben werde; das Bestehen eines Streits über das fragliche Nutzungsrecht sei unerheblich, weil die Gegengabe von Wald, auf welchen die Gemeinderechtsbesitzer zur Zeit des Vergleichsbeschlusses jedenfalls keinen Eigenthumsanspruch mehr machten, nur als eine Abfindung für das angesprochene und bestrittene Holznutzungsrecht zu betrachten sei. — Die Frage über einen doppelten Accise-

ansatz wurde auch in diesem Fall nicht Gegenstand der Entscheidung.

(Dritter Fall.) Zwischen der fürstlichen Standesherrschaft Hohenlohe-Oehringen und der Wittwe B. kam über die Ablösung des Erbbestandverhältnisses der Mühl- und Eisenwerke zu E. im Jahre 1839 ein Vertrag zu Stande, über welchen im Jahre 1859 von dem Gerichtshof gerichtlich erkannt wurde. Die gegen den Ansatz der Accise aus 7665 fl. Ablösungsschilling erhobene Beschwerde wurde von dem Königl. Geheimenrath durch Beschluß vom 13. Februar 1860 abgewiesen, weil der am 27. Juli 1844 für beide Theile rechtsverbindlich gewordene Vertrag in dem Erkaufen des Obereigenthums von Seiten des Untereigenthümers bestehe, demgemäß den Kaufverträgen über Liegenschaften und Realrechte beizuzählen sei, auch die durch die Ablösungsgesetze von 1821, 1836, 1848 und 1849 zugesicherte unentgeldliche und abgabenfreie Behandlung der Ablösungsgeschäfte nur für die in Folge der Gesetze zwangsweise erfolgten, nicht aber für andere nach freier Uebereinkunft der Betheiligten abgeschlossene Ablösungsverträge bewilligt sei.

(Vierter Fall.) Zwischen der Gemeinde A. und 105 Gemeinderechtsbesitzern wurde am 16. Mai 1868 ein von der Kreisregierung genehmigter Vertrag abgeschlossen, in welchem die Gemeinderechtsbesitzer auf ihre Nutzungen, deren Kapitalwerth nach Abzug der besondern jährlich zu 420 fl. geschätzten Frohnlasten zu 41,000 fl. berechnet war, gegen Abtretung von 4 Waldparzellen von zusammen 313²/₈ Morgen verzichteten. Diese abgetretenen Waldparzellen waren in Bodenwerth und Holzvorrath auf 42,829 fl. geschätzt, der Mehranschlag von 1829 fl. wurde jedoch bei dem Vertrag nicht weiter berücksichtigt. Auf Anfrage des Kameralamts wegen der Acciseerhebung sprach das Königl. Steuerkollegium aus, daß die Accise sowohl aus dem Kapitalwerth der Nutzungsrechte abzüglich der darauf ruhenden Lasten als aus dem Kapitalwerth des

abgetretenen Waldes im Betrag von 42,829 fl. also zusammen aus 83,829 fl. á 1 Pct. mit 838 fl. 17 kr. zu entrichten sei. Nach Abweisung einer hiegegen bei dem Königl. Finanzministerium erhobenen Beschwerde erging auf die weiter verfolgte Beschwerde nnter dem 17. Juli 1871 folgende Entscheidung des Königl. Geheimeraths: „Da die Gemeinde A. durch den Vertrag vom 16. Mai 1868 gegen Hingabe des vollen Eigenthumsrechts an 4 Waldparzellen, das von dem Eigenthumsrecht getrennt gewesene Recht auf Nutzung an ihrer übrigen Waldfläche erworben habe, mithin Grundeigenthum einerseits und ein nach §. 2 Ziff. 8 und §. 11 des Accisegesetzes gleich Liegenschaften der Kontraktaccise unterliegendes Realrecht andererseits gegen einander veräußert worden seien, so werde der Acciseansatz von jedem der veräußerten Gegenstände nach dem wahren Werth derselben, als in §. 12 und §. 3 Ziff. 2 des Gesetzes begründet, erkannt. Nachdem nun der Werth des Nutzungsrechtes abzüglich der mit denselben verbundenen Lasten zu 41,000 fl. festgestellt und als Gegenleistung hiefür das Grundeigenthum hingegeben worden sei, ohne daß die Gemeinde wegen des zuvor geschätzten Mehrwerthes des letzteren ein Aufgeld erhalten habe, so erscheine der Ansatz einer höheren Accise aus der Veräußerung des Waldes, als sie aus der Veräußerung des Realrechtes zu entrichten sei, nicht begründet und es sei darum die von dem Königl. Finanzministerium bestätigte Verfügung des Königl. Steuerkollegium vom 5. Juli 1870 dahin abzuändern, daß die Accise beiderseits nur aus 41,000 fl., zusammen aus 82,000 fl. mit 820 fl. zu entrichten sei."

31) Bei der Klassificirung zur Gewerbesteuer ist das fest angelegte, nicht zum Geschäftsbetrieb dienende Capital einer Aktiengesellschaft nicht in Berechnung zu nehmen.

Durch Verfügung des Steuerkollegium vom 29. April 1859 wurde die Württemb. Transportversicherungsgesell-

schaft in Heilbronn vermöge „ihres Umtriebskapitals von 100,000 fl.," in Klasse XIV. Absch. 2 mit 460 fl. und mit einer Arbeitsrente von 35 fl., zusammen 495 fl., in das Staatssteuerkataster auf den 1. Juli 1856 aufgenommen, nachdem durch Geheimerathsentscheidung auf erhobene Beschwerde der Gesellschaft ausgesprochen worden war, daß dieselbe nicht, wie in Uebereinstimmung mit dem Steuerkollegium das Finanzministerium verfügt hatte, zur Renten-, sondern zur Gewerbesteuer beizuziehen sei. Gegen eine diese Verfügung bestätigende Entscheidung des Finanzministerium vom 11. Mai 1859 erhob die Gesellschaft wiederholt Beschwerde bei dem Geheimenrath, welche im Wesentlichen damit begründet wurde, daß die Kapitalien der Gesellschaft fest angelegt, in den Geschäftsverkehr derselben nicht gezogen, vielmehr demselben völlig fremd seien und sich nur als Garantiekapital darstellen. Nach eingehender Instruktion über das thatsächliche Vorbringen der Gesellschaft faßte der Königl. Geheimerath unter dem 15. Oktober 1859 folgenden Beschluß: In Betracht 1) daß bei der Besteurung eines jeden Gewerbetreibenden, also auch einer für den Zweck einer Gewerbeunternehmung zusammengetretenen Gesellschaft nach §. 12 des Gesetzes vom 15. Juli 1821 nicht das Grundstocksvermögen, sondern nur dasjenige Vermögen zur Grundlage zu dienen habe, welches unmittelbar zum Betriebe diene, 2) daß bleibend angelegtes Kapitalvermögen ebenso, wie Grundbesitz zwar den Kredit eines Gewerbenden zu erhöhen und zur Gewährschaft für etwa entstehende Geschäftsverluste zu dienen im Stande sei, daß dasselbe aber, wenn und gerade weil es zur Zeit der eintretenden Bestimmung wirklich noch bestehe, nicht zum Betriebe des Gewerbes diene, und daher dem eigentlichen Gewerbskapital nicht beigezählt werden könne, 3) daß wohl aus eben diesem Grund und, da das Gesetz die doppelte Besteuerung eines und desselben Gegenstandes nicht wolle, der §. 25 der Gewerbesteuerinstruktion vom 13. Dezember 1834 in Uebereinstimmung mit §. 12 des Gesetzes vom

15. Juli 1821 ausdrücklich das von der Besteuerung ausschließe, was der Gewerbetreibende als Gutsbesitzer und Kapitalist besitze, obgleich sogar z. B. manche Grundstücke, Fabrikgebäude, Lagerhäuser, Comptoire, unmittelbar zum Gewerbebetrieb dienen, 4) daß wenn die Gesellschaft nach ihren Statuten die Summe von 100,000 fl. von ihren Aktionären baar einzahlen ließ und dieß Kapitalvermögen einer von der Gesellschaft aufgestellten Verwaltung übergab, dieser Anordnung füglich zunächst der Zweck zu Grunde gelegen sein könne, durch eine solche Einrichtung der Gesellschaft eine größere Sicherheit gegenüber den einzelnen Aktionären dafür zu gewähren, daß diese den von ihnen bei größeren Verlusten zu leistenden Einzahlungen in die Gesellschaftskasse sich nicht entziehe, daß aber 5) wenn auch anzunehmen wäre, es sei ursprünglich die Absicht der Gesellschaft gewesen, jene von den Aktionären einzuzahlenden Summen für den Betrieb des Geschäfts dienen zu lassen, jedenfalls, wie durch die von dem Königl. Geheimenrath angeordneten weiteren Untersuchungen zu Gunsten der Gesellschaft sich herausgestellt habe, ihr aus den Baareinlagen der Aktionäre und den jährlichen Einnahmeüberschüssen gebildetes stehendes Kapitalvermögen niemals zum laufenden Betrieb verwendet worden sei, daß dasselbe daher jetzt und seit vielen Jahren nicht als ein von der Gesellschaft für den Betrieb gehaltenes Geldkapital (§. 12 des Gesetzes vom 15. Juli 1821) erscheine, sondern wie auch die Gesellschaftsstatuten es bezeichnen, nur als ein Gewährschaftsvermögen zu betrachten sei, — aus diesen Gründen sei unter Abänderung der Entschließung des Königl. Finanzministerium vom 11. Mai zu erkennen, daß die Württ. Transportversicherungsgesellschaft zu Heilbronn nicht verpflichtet sei, denjenigen Theil ihres Vermögens, den sie ständig gegen Verzinsung ausgeliehen habe, der Gewerbebesteuerung zu unterwerfen.

32) Beiziehung des gewerbsmäßigen Weinhandels zur Gewerbesteuer.

Durch das Finanzgesetz vom 22. Juli 1836 Art. 4 wurde die Accise von Weinverkäufen mit Ausnahme der Wirthschaftsaccise aufgehoben und dagegen die Beiziehung des gewerbsmäßigen Weinhandels zur Gewerbesteuer angeordnet. Der Nachtrag zur Instruktion für das Gewerbekataster vom 26. Oktober 1836 (Rbl. S. 597) bestimmt, daß als gewerbsmäßiger Weinhändler, der nunmehr der Gewerbesteuer unterliegt, unterworfen ist, wer notorisch einen solchen Handel mittelst Einkaufs und Verkaufs betreibt und zu dem Ende Vorräthe von dem Gegenstand desselben unterhält. Demgemäß wurde die von einem pensionirten Beamten erhobene Beschwerde gegen seine Beiziehung zur Gewerbesteuer als Weinhändler durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 17. November 1856 abgewiesen, in Erwägung 1) daß das Gesetz vom 22. Juli 1836 Art. 4 die Beiziehung des gewerbsmäßigen Weinhandels zu der Gewerbesteuer verfügt; 2) daß bei dem Rekurrenten, welcher in der Periode von 1846 bis 1854 in allen zu Weineinkäufen günstigeren Jahren viermal, 1846, 1848, 1849 und 1854, größere Quantitäten zum Wiederverkauf eingelegt, auch solche wirklich nach und nach wieder verkauft, bis zu diesem Zeitpunkte aber einen für den Verkauf bestimmten Vorrath an Wein gehalten hat und somit in jenen 8—9 Jahren regelmäßig damit beschäftigt war, durch den Kauf und Wiederverkauf von Wein sich einen Gewinn zu verschaffen, entschieden die Merkmale des gewerbsmäßigen Handels mit Wein zutreffen, wie denn auch die in den §§. 1 und 10 der Vollziehungsverordnung zu jenem Gesetze vom 26. Okt. 1836 angedeuteten Momente einer solchen Gewerbsmäßigkeit wirklich vorliegen; 3) daß die wechselnde Größe des Vorrathes und der schnellere oder langsamere Umsatz des Gewerbekapitals der Steuerpflicht an sich nicht entgegensteht.

33) Berechnung der Accise im Falle des Verkaufes von Gewerbegeräthschaften und Vorräthen mit dem Verkauf von Liegenschaften. §. 11 Abs. 4 des Accisegesetzes von 1824.[1]

Am 21. August 1871 erkaufte W. H. eine Apotheke in E. Die hierher gehörigen Bestimmungen des Kaufvertrages lauten: „Apotheker B. verkauft an W. H. Gebäude: 24,4 R., Wohnhaus auf dem Marktplatz hier, eine dreistöckigte Behausung mit eingerichteter Apotheke, gewölbten Kellern und angebautem Schweinestall um 42,000 fl. unter folgenden Bedingungen." — — „6) Der Verkäufer verpflichtet sich, die in besonderem Vertrag enthaltenen Inventarstücke um die Summe von 8000 fl. dem Käufer zu überlassen. 7) Die Uebergabe der Apotheke an den Käufer erfolgt am 1. September 1871." In besonderer Kaufsurkunde von demselben Tage sind die sämmtlichen Inventarstücke, insbesondere Pflanzensammlung und Waarenvorräthe, die gesammte Einrichtung der Apotheke incl. Tische, des Laboratoriums und der übrigen Nebengelasse, die gesammte Gaseinrichtung einschließlich der Gasuhr, Gasröhren ꝛc. genannt. Das Kameralamt berechnete in Anwendung des Art. 11, Abs. 4 des Accisegesetzes die Accise aus 42,000 fl. und den weiteren 8000 fl. nach Abzug des gemeinderäthlich taxirten Werthes des Mobiliars im Gehilfenzimmer, Comptoir und Laboratorium mit 97 fl. 36 kr., sonach aus weiteren 7902 fl. 24 kr. mit 86 fl.

[1] Der §. 11 Abs. 4 des Gesetzes vom 18. Juli 1824 in Betreff der Acciseabgabe lautet: Werden mit einem Gebäude oder mit andern Realitäten zufällig zugleich bewegliche Gegenstände verkauft, welche nach einer der vorgenannten Bestimmungen der Accise unterliegen, so sind sie nach dieser zu behandeln; werden aber Fässer, Gewerbegeräthschaften und Vorräthe mit einem Gebäude oder Gut in einem Gesammtverkaufe veräußert, so dürfen solche von dem der Accise unterworfenen Kaufschillinge nicht abgezogen werden, auch wenn sie im einzelnen Verkauf der Accise nicht unterworfen wären.

36 kr. Gegen diesen Acciseansatz beschwerte sich der Verkäufer, indem er geltend machte, daß aus dem Kaufpreis für das Inventar eine Accise nicht anzusetzen sei, da hierüber ein besonderer Vertrag vorliege und ein Gesammtkauf weder beabsichtigt noch abgeschlossen worden sei. Die Beschwerde wurde von dem Steuerkollegium und dem Finanzministerium als unbegründet verworfen. Ebenso wurde von dem Königl. Geheimerath durch Beschluß vom 2. Okt. 1872 die Beschwerde gegen die Entscheidung des Königl. Finanzministerium vom 27. Juli 1872 als gesetzlich nicht begründet mit folgender Begründung abgewiesen: In dem Kaufvertrage vom 21. August 1871 sei mit klaren Worten als Gegenstand des Verkaufes „eine Behausung mit eingerichteter Apotheke und mit allen dazu gehörigen Rechten" bezeichnet worden, demgemäß in diesem Verkaufe von selbst nicht nur dasjenige inbegriffen, was, wie die Gaseinrichtung und anderes Eingemauerte und Befestigte einen Bestandtheil des Hauses bilde, sondern auch Dasjenige, was an Geräthen und Vorräthen zur Gewerbseinrichtung der Apotheke gehöre. Der Vertrag bestimme sodann durch Ziff. 6 der Verkaufsbedingungen, daß zu dem zuvor genannten Kaufschilling von 42,000 fl. noch 8000 fl. hinzutreten, gegen deren Entrichtung dem Käufer des Ganzen erst die in besonderem Vertrage verzeichneten Stücke übergeben werden. Die Thatsache des Gesammtverkaufes ergebe sich hiernach offenkundig schon aus dem Eingange des Kaufvertrages über die Immobilien. Haben neben diesem die Contrahenten die nähere Beschreibung einzelner unter der allgemeinen Bezeichnung des Kaufsgegenstandes inbegriffenen Sachen und die Benennung des für dieselben weiter zu entrichtenden Kaufschillings in eine besondere Vertragsurkunde eingekleidet, so könne dieser nur die Bedeutung eines Zusatzes zum Hauptvertrag zukommen und sie bilde unzweifelhaft einen integrirenden Bestandtheil dieses Rechtsgeschäftes, welches „mit allen Pakten und Ge-

dingen, wie die Namen haben mögen", vor Gericht zu bringen gewesen sei (L. R. III. tit. XIII. §. 1).

34) Berechnung des accisepflichtigen Betrags im Falle des Verkaufs eines größeren Fabrikanwesens einer offenen Handelsgesellschaft an einen Gesellschafter. Begriff des Gesammtkaufs. Unstatthaftigkeit eines Abzugs am Kaufschilling für den ideellen Werth „des Geschäfts." §. 11 Abs. 4 des Accisegesetzes vom 18. Juli 1824.[1] Berechnung der als Gesellschaftsantheil des Käufers von der Accise freizulassenden Quote des Kaufpreises. Art. 34 Abs. 5 des württembergischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch.

(Aus einer Rekursentscheidung des Königl. Geheimenraths vom 25. Oktober 1872.)

I.) — — Indem das Gesetz den Fall, wenn mit einem Gebäude oder mit andern Realitäten „zufällig" zugleich bewegliche Gegenstände verkauft werden, dem Falle gegenüberstelle, wenn „Fässer, Gewerbegeräthschaften und Vorräthe" mit einem Gebäude oder Gut in einem Gesammtkauf veräußert werden, spreche dasselbe aus, daß es einen Gesammtverkauf eben da als vorhanden betrachtet wissen wolle, wo die Fahrniß gerade der Liegenschaft wegen mitverkauft wird, weil sie für diese und ihre Bestimmung ihre besondere Bedeutung hat und daher nach dem Zwecke des Vertrags die wesentlich ergänzende Zubehör der Liegenschaft bilden soll; das Gesetz schließe deßhalb geradezu die Auffassung des Beschwerdeführers aus, daß die Bestandtheile einer Sachgesammtheit als Zubehörde der idealen Gesammtheit, unter sich aber als nur zufällig verbunden anzusehen seien. Daß im gegenwärtigen Falle ein Gesammtverkauf von Liegenschaften und Fahrnißstücken in dem erwähnten

---

[1] S. Note 1 von Nr. 33.

Sinne des Gesetzes vorliege, gehe aus dem Vertrage vom — über den Verkauf des — Fabrikanwesens „mit Einschluß des ganzen Fabrikgeschäfts" unzweifelhaft hervor; die zum ungestörten Fortbetrieb der Fabrikation und zum ununterbrochenen Verkehr mit den Kunden erforderlichen Maschinen, Geräthschaften und Vorräthe bilden für den Zweck der Erwerbung einen wichtigen Bestandtheil des Kaufs und es könne nicht behauptet werden, mit den zur Fabrikation bestimmten Liegenschaften seien jene beweglichen Gegenstände nur zufällig verkauft worden. Lasse nun das Accisegesetz bei dem Verkauf eines Komplexes von Liegenschaften, Gewerbegeräthschaften und Vorräthen einen Abzug am Kaufschilling nicht einmal für die letzteren Sachen zu, obwohl sie sonst nicht accisepflichtig wären, so gehe hieraus ganz unzweifelhaft hervor, daß ein Abzug für das Ideelle der Gesammtheit, für „das Geschäft als solches" völlig unzulässig sei; wie sich denn schon aus der Natur der Sache ergebe, daß der Beweggrund, aus welchem die Höhe des Kaufschillings für Realitäten hervorgehe, hinsichtlich der Accisepflicht gänzlich bedeutungslos sei. Der Umstand, daß die einzelnen Bestandtheile eines Komplexes eben deßhalb, weil sie ein thatsächliches Ganzes bilden, größere Rentabilität in Aussicht stellen, sowie die Hoffnung, die mit dem Gewerbe, das in einem Anwesen betrieben wird, verbundene Kundschaft zu erhalten, könne nur als Beweggrund gelten, daß für die Sachen selbst, welche den Komplex bilden, ein höherer Preis bezahlt werde, als wenn sie einzeln verkauft würden; denn immer seien nur die Sachen, welche die thatsächliche Gesammtheit ausmachen, der Gegenstand des Erwerbs.

Demgemäß komme auch den vor dem Abschlusse des Vertrags Seitens der Kontrahenten gemachten und den Vertrag vorbereitenden Schätzungen einzelner Bestandtheile des zum Verkauf gebrachten Komplexes eine Bedeutung bezüglich der Acciseschuldigkeit nicht zu und ebenso nicht denjenigen Beträgen, welche der Käufer für die einzelnen

Gegenstände nach dem Kauf in seinen Büchern eingetragen oder der am 6. Juli 1871 neugebildeten offenen Handelsgesellschaft als seine Einlage aufgerechnet habe, vielmehr sei für die — Accisesschuld nur diejenige Summe maßgebend, welche als der wirkliche Erlös für das ganze Anwesen der aufgelösten Handelsgesellschaft sich darstelle, unter Abzug des Betrags derjenigen übernommenen Werthe, welche nicht unter den Begriff von Fässern, Gewerbegeräthschaften und Vorräthen fallen und von dem Königl. Finanzministerium auf Grund der eigenen Angabe des Beschwerdeführers mit — abgerechnet werden.

An dieser aus dem Accisegesetz hervorgehenden Behandlung ergebe sich aus dem Umstande keine Aenderung, daß das Handelsgesetzbuch und andere neuere Gesetze ein bestehendes kaufmännisches Geschäft als Gegenstand der Veräußerung und des Erwerbs bezeichnen; denn von Anderem abgesehen habe durch diese Bestimmung eine Aenderung an den Steuergesetzen der einzelnen deutschen Staaten nicht vorgenommen werden wollen.

II.) Der Anspruch des Rekurrenten, daß die Hälfte des Kaufpreises für die accisbaren Gegenstände von der Accise freibleiben, weil ihm das Geschäft früher zur Hälfte gehört habe, sei als gesetzlich unbegründet zu verwerfen. Die Art. 106—109 des Handelsgesetzbuchs sprechen unzweideutig aus, daß der Antheil am Gewinne, welchen ein Gesellschafter anzusprechen habe, noch nicht seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen bestimme; nach den vorliegenden Urkunden aber sei der Beschwerdeführer zwar zum Bezug des hälftigen Gewinnes berechtigt, nicht aber auch zur Hälfte am Gesellschaftsvermögen betheiligt gewesen und der Art. 34 Abs. 5 des württ. Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 sage mit klaren Worten „die auf den Antheil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zu rechnende Quote" des Kaufschillings bleibe von der Accise frei, mithin, wie es in dem in der Beschwerdeschrift angezogenen Berichte der

Kommission der Kammer der Abgeordneten ausgedrückt worden, der auf den ideellen Antheil des Gesellschafters an der Liegenschaft kommende Betreff an der Gesammtsumme. Diese Bestimmung schließe sich genau an den in §. 1 des Accise-Gesetzes von 1824 ausgesprochenen Grundsatz an, wornach die Accise auf dem verkaufsweisen Umsatz der Gegenstände ruhe.

35) Ueber die Verpflichtung der Verleger, Drucker und Redakteure zur Zeugnißablegung in einer Disciplinaruntersuchung. Fortdauernde subsidiäre Anwendbarkeit der Strafprozeßordnung von 1843 in Verwaltungsstrafsachen.

Gegen den bei einem Eisenbahnbauamt verwendeten B. war wegen Veröffentlichung von Thatsachen in einem vielgelesenen Blatte, welche auf dessen Mittheilungen beruhte, Disciplinaruntersuchung eingeleitet, da hierin eine Verletzung seiner Dienstpflichten erblickt wurde. Die Veröffentlichung selbst enthielt entfernt nichts Strafbares. Der zur Zeugenvernehmung vorgeladene Redakteur des betreffenden Blattes verweigerte die Zeugnißabgabe wiederholt, unter Berufung auf Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung, worauf ihm eine Geldstrafe von 7 fl. angesetzt wurde. Auf die hiegegen eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde erging unter dem 8. Mai 1872 folgende Verfügung des Königl. Geheimenraths: Der Beschwerdeführer stützt seine Nichtigkeitsklage auf die Behauptung, daß die gegen ihn wegen Verweigerung der Zeugnißablegung erkannte Geldstrafe gegen die klare Vorschrift des Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung vom 17. April 1868 verstoße, durch welche er als Redakteur von der Pflicht Zeugniß abzulegen, befreit sei. — Sowohl aus den Motiven zu dem bezeichneten Art. 143 (Art. 140 des Entwurfs) als aus den Ausführungen, mit welchen die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten ihre Anträge zu diesem Artikel begründet hat, endlich aus dem Wortlaute des Ge-

setzes geht jedoch hervor, daß durch die Ziff. 2 des Art. 143 lediglich der schon nach dem früheren Rechte durch die Gerichtspraxis festgestellte Grundsatz seine gesetzliche Bestätigung erhalten sollte, wornach die Verleger, Drucker und Redakteure insoweit, aber auch nur insoweit, als sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine im Wege der Veröffentlichung durch die Presse begangene strafbare Handlung nach dem Gesetze übernehmen, von der Pflicht zur Zeugnißablegung befreit sind. Es ist eine unrichtige, durch Nichts unterstützte Auffassung des Beschwerdeführers, wenn derselbe behauptet, diese Befugniß, sich des Zeugnisses zu entschlagen, trete in Ausdehnung der schon bisher von der Praxis ihr gezogenen Grenze überall da ein, wo der Redakteur in seinem Interesse es wünschenswerth finde, über thatsächliche Vorgänge Stillschweigen zu beobachten. — Da nun der Gegenstand der gegen B. eingeleiteten Disciplinaruntersuchung nicht eine durch Veröffentlichung in der Presse begangene strafbare Handlung, sondern die Verletzung der Dienstpflichten durch Mittheilung von amtlich anvertrauten Thatsachen an Andere ist und da für diese Handlung der Beschwerdeführer die Verantwortung nach dem Gesetze nicht übernehmen kann, so befindet sich die ergangene Strafverfügung mit dem Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung keineswegs im Widerspruch. Der Beschwerdeführer ist im Falle der Anwendung der ebenerwähnten gesetzlichen Bestimmung nicht als befreit von der Pflicht zur Zeugnißablegung zu erachten. — Da dem Ausgeführten zufolge der Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung von 1868 nur bestehendes Recht wiedergegeben hat, so kann die weitere Frage hier dahingestellt bleiben, ob dieser Artikel bezüglich der Pflicht des Beschwerdeführers zur Zeugnißablegung die entscheidende gesetzliche Bestimmung sei, während nach einer von dem Königl. Geheimenrath angenommenen Thesis auch nach Einführung der neuen Strafprozeßordnung von 1868 die Strafprozeßordnung von 1843 nicht aufgehört hat, für das Verfahren in Verwal-

tungsstraffachen subsidiäre Anwendung zu finden. Man will hiernach die erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen haben.

Die neue allgemeine Bauordnung.

Von Dr. Sarwey.

Die am 6/12. Oktober 1872 verkündigte neue allgemeine Bauordnung, aus langen Verhandlungen und zahlreichen Vorarbeiten hervorgegangen, befriedigt ein dringendes legislatives Bedürfniß des Landes.

Schon zu Anfang dieses Jahrhunderts war anerkannt, daß das bestehende Baugesetz, die Bauordnung von 1655, eine für ihre Zeit anerkennenswerthe Arbeit, nach Form und Inhalt den Anforderungen der Gegenwart nicht mehr genüge und daß auch die zweite Hauptquelle der baupolizeilichen Vorschriften, die in Folge der Vermehrung von Brandfällen zur Herbeiführung größerer Feuersicherheit erlassene Generalverordnung vom 13. April 1808 Abth. A, ein eiliges Nothwerk, dringend der Verbesserung bedürfe. Die zwei in den Jahren 1808 bis 1815 und 1819 bis 1825 ausgearbeiteten Entwürfe einer neuen Bauordnung wurden jedoch, ehe sie über das erste Stadium der Gesetzesarbeit gediehen waren, wieder zurückgelegt und der Gegenstand blieb bis in das Jahr 1845 ruhen. Allein auch die damals wieder aufgenommenen Arbeiten und die Thätigkeit einer im Jahre 1846 niedergesetzten Kommission blieben ohne Ergebniß. Um wenigstens dem dringenden Bedürfniß vorläufig abzuhelfen, wurden in dem Jahre 1848 und den folgenden Jahren einzelne Verfügungen erlassen. Ein neuer, im Anschluß an die ergangenen Verfügungen bearbeiteter Entwurf wurde im Jahre 1853 nach Vernehmung sämmtlicher höherer Bautechniker des Landes, einer Anzahl Werkmeister und verschiedener Behörden im Druck veröffentlicht.

Ein zweiter unter Benützung der eingelaufenen Beurtheilungen bearbeiteter Entwurf erschien im Jahre 1856. Mit dessen Veröffentlichung wurden die Sachverständigen und Behörden wiederholt aufgefordert, ihre Ansichten über denselben mitzutheilen. Zugleich wurden die Baupolizeibehörden ermächtigt, diesen Entwurf in der in dem Vorworte bezeichneten beschränkten Weise zur Anwendung zu bringen. Durch diese Aufforderung, wenn sie auch in einer das konstitutionelle Gewissen beruhigenden Beschränkung ergangen war, wurde der Zustand noch verschlimmert. Der Entwurf gab anerkanntermaßen zu sehr ins Einzelne gehende, die verschiedensten Verhältnisse nach gleichem Maß messende und zum Theil unnöthig belästigende Vorschriften, welche alsdann in mißverständlicher Auffassung jener beschränkten Ermächtigung in einzelnen Fällen zur Anwendung gebracht wurden. In einer am 23. März 1861 an den Ministertisch gerichteten Interpellation wurde unter Zustimmung von mehreren Seiten von dem ritterschaftlichen Abgeordneten Freiherrn v. Varnbüler die Art, wie die Baupolizei in Württemberg ausgeübt wurde, als ein Gegenstand sehr allgemeiner Beschwerde bezeichnet und nach Anführung einzelner exorbitanter Fälle von belästigenden Verfügungen bemerkt, „wenn man frage, auf welche Grundlagen hin denn eigentlich alle diese Verfügungen getroffen werden, so bekomme man, horribile dictu, die Antwort: auf einen Gesetzesentwurf hin.“ [1] An der Hand der gemachten Erfahrungen wurde im Jahre 1862/63 ein weiterer (der dritte oder vielmehr fünfte) Entwurf bearbeitet, allein auch dieser nicht weiter verfolgt, vorzüglich aus dem Grund, weil man sich mehr und mehr überzeugte, daß ohne eine gesetzliche Scheidung der nachbarrechtlichen (privatrechtlichen) und baupolizeilichen Bestimmungen und eine gleichzeitige Bearbeitung beider kein brauchbares Gesetz möglich sei,

---

[1] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1855/61 Protokoll-Band V. S. 3060 und f.

während die bisherigen Entwürfe sich auf die letzteren beschränkt hatten. Endlich übergab mit Vortrag vom 4. Dezember 1868 der damalige Minister des Innern v. Geßler der Kammer der Standesherren den aus 97 Artikeln bestehenden Gesetzesentwurf, aus welchem das verkündigte Gesetz schließlich hervorgegangen ist. Dieser Entwurf, welcher außer den baupolizeilichen Bestimmungen in seinem vierten Abschnitt unter dem Titel „Nachbarrechtliche Bestimmungen" auch eine von dem Obertribunalrath v. Kraus im Auftrage des Königl. Justizministerium bearbeitete Revision der in der Bauordnung von 1655 enthaltenen privatrechtlichen Bestimmungen enthielt, war nach vorangegangener Berathung einer aus Juristen, Kammermitgliedern, Verwaltungsbeamten und Bauverständigen niedergesetzten Kommission festgestellt worden. Von der Kommission der Kammer der Standesherrn wurde der von Staatsminister Freiherrn v. Linden als Berichterstatter und Staatsminister Freiherrn v. Neurath als Mitberichterstatter verfaßte Bericht am 5. März 1870 ausgegeben und die Verhandlungen der Kammer der Standesherren begannen am 15. März 1870. Dieselben gelangten in drei Sitzungen am 15., 17. und 18. März 1870 bis zu Art. 56. Durch die am 24. März erfolgte Vertagung der Ständeversammlung und die während der Vertagung erfolgte französische Kriegserklärung wurden jedoch die Berathungen unterbrochen und durch die am 22. Oktober 1870 erfolgte Auflösung der Ständeversammlung die Vorlage hinfällig. Mittelst Note der Ministerien der Justiz und des Innern vom 9. Februar 1871 wurde sodann derselbe Entwurf unverändert zur verfassungsmäßigen Berathung und zwar dießmal zunächst in der Kammer der Abgeordneten wieder eingebracht. Die Kammer der Abgeordneten hatte eine besondere Kommission von 15 Mitgliedern zur Berichterstattung gewählt. Der von derselben am 9. Februar ausgegebene Bericht ist für den allgemeinen Theil mit Ausnahme des auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen bezüglichen dritten Punktes

desselben, zu Art. 1—35 und 76—97 von den Abg. v. Wolff und Bälz als Mitberichterstatter, zu dem Art. 36 bis 56 von den Abg. Bälz und v. Wolff als Mitberichterstatter, zu Punkt 3 des allgemeinen Theils und Art. 37 bis 57 von den Abg. v. Boscher und Ruf als Mitberichterstatter verfaßt.

Die Verhandlungen begannen in der Kammer der Abgeordneten am 14. December 1871 und wurden, durch zahlreiche andere Arbeiten unterbrochen, in 13 Sitzungen, vom 14. und 15. December 1871, 3., 4., 5., 8., 10., 12. und 13. Januar, 5. und 12. Februar 1872, zu Ende geführt. Die Kammer der Standesherren, welcher von ihrer Kommission ein von den früheren Berichterstattern verfaßter Bericht schon am 16. März erstattet wurde, erledigte ihre Berathungen in drei Sitzungen vom 20., 21. und 23. März 1872, und nachdem in zwei Sitzungen der Kammer der Abgeordneten vom 10. und 13. April 1872 und in zwei Sitzungen der Kammer der Standesherren vom 12. und 13. April über die noch vorhandenen Meinungsverschiedenheiten eine Verständigung erzielt war, wurde der Entwurf, wie er aus den Verhandlungen vielfach abgeändert hervorgegangen war, von jeder der beiden Kammern einstimmig angenommen.

Das Gesetz, welches am 1. Januar 1873 in Wirksamkeit tritt, ist das Werk ausgezeichneter und erfahrener juristischer, regimineller und technischer Kräfte und wird sich, wie ihm schon durch die einstimmige Annahme in beiden Kammern ein günstiges Horoskop gestellt ist, in der Anwendung unzweifelhaft bewähren. Man kann auf dasselbe das bekannte schwäbische Sprichwort, gut Ding braucht lange Weil, anwenden. Unter Vermeidung einer allzusehr in's Einzelne gehenden Kasuistik giebt das Gesetz in präciser und klarer Sprache für alle Verhältnisse, deren Regelung seine Aufgabe war, bestimmte und keiner verschiedenen Anwendung Raum lassende Vorschriften. Seine wesentlichen Vorzüge lassen sich in folgendem zusammenfassen:

1) Das Gesetz regelt nicht nur die polizeilichen, sondern auch die privatrechtlichen (nachbarrechtlichen) Verhältnisse und zieht dem Polizei- und Privatrecht auf dem Gebiete der Baugesetzgebung klare und feste Grenzen.

2) Die privatrechtlichen (nachbarrechtlichen) Bestimmungen, in dem vierten Abschnitt, Art. 56 bis 73, enthalten im Wesentlichen eine scharf gefaßte Kodifikation des bestehenden Rechtes, wie sich solches in der heutigen Gerichtspraxis festgestellt hat.

3) In den baupolizeilichen Vorschriften verläßt das Gesetz das System der polizeilichen Koncessionen. Es gewährt unter Aufstellung fester Normen für die Behörden und Baulustigen möglichst ausgedehnte Baufreiheit und erkennt die Befugniß, unter Beobachtung der bestehenden Bauvorschriften zu bauen, als ein in dem Eigenthum enthaltenes Recht an. (Erster Abschnitt, von der Bauberechtigung und den Bauvorschriften im Allgemeinen. Art. 1.)

4) Das Gesetz beschränkt sich auf solche allgemeine baupolizeiliche Bestimmungen, welche unter gegebenen Verhältnissen durchaus geboten sind. Es nimmt aber überall auf die Verschiedenheit der Verhältnisse und Bedürfnisse die nöthige Rücksicht und überläßt die Ordnung localer Verhältnisse zur Ausfüllung des von ihm zu diesem Zweck gewährten Raumes den Ortsbaustatuten. (Art. 2 u. 3.)

5) In dem zweiten Abschnitt, von der Anlage der Orte und den Ortsstraßen (Art. 4—15) gelangt das Ermessen der Gemeindebehörden zu seinem vollen Recht, zugleich aber wird den hiemit nicht selten collidirenden Interessen der Einzelnen ein wohl genügender Schutz gewährt, welchen sie bisher vielfach entbehren mußten.

6) In dem dritten Abschnitt, von den für die einzelnen Bauten maßgebenden polizeilichen Bestimmungen, werden in dem ersten Kapitel (Art. 16—20) allgemeine Bestimmungen gegeben. Das zweite Kapitel (Art. 21—34) behandelt die Stellung und Lage der Bauten und ihr Verhältniß zu den Straßen und benachbarten Gebäuden und

Grundstücken, das dritte Kapitel (Art. 35—55) die Construktion der Bauten. Das Gesetz ist auch in diesem Abschnitt unzweifelhaft liberaler, als die Regel der bisherigen Gesetzgebung und Praxis war, ohne jedoch die nöthigen Rücksichten auf das Interesse der Nachbarn und die Sicherung gegen Beschädigungen, namentlich gegen Feuersgefahr hintanzusetzen.

7) Der fünfte Abschnitt, von den Behörden und dem Verfahren in Bausachen (Art. 74—94) enthält wesentliche Erleichterungen und beseitigt anerkannte Beschwerden des bisher bestandenen Zustandes, in dem er die Fristen und das Verfahren abkürzt, eine größere Zahl von kleineren Bauwesen von der vorgängigen Einholung der Bauerlaubniß freiläßt und den Gemeindebaupolizeibehörden zur Bequemlichkeit der Baulustigen unter der Voraussetzung, daß sie technisch genügend berathen sind, weitergehende Befugnisse als bisher einräumt.

Zwei Ausgaben und Bearbeitungen des Baugesetzes, von Staatsrath Dr. v. Bizer[2] und Oberregierungsrath Schüz[3] werden geboten. In den bisherigen Verhandlungen, namentlich in den Motiven, den ständischen Berichten und Protokollen ist ein umfangreiches Material zur Auslegung gesammelt und sehr erwünscht, daß dasselbe durch diese Arbeiten allgemein zugänglich gemacht wird.

Der Verfasser beschränkt sich im folgenden auf die Besprechung einiger wenigen in den ständischen Verhandlungen kürzer behandelten Punkte, welche zur Charakteristik des ganzen Gesetzes dienen und deren kurze, alsbaldige

[2] Neue allgemeine Bauordnung für das Königreich Württemberg. Mit dem vollständigen Auslegungsmaterial und Erläuterungen nebst ausführlichem alphabetischem Sachregister von Dr. Fr. Bizer, Staatsrath (48 Bogen 5 fl. 48 kr.), vollständig erschienen.

[3] Die neue Bauordnung für das Königreich Württemberg. Handausgabe mit Erläuterungen von L. Schüz, Oberregierungsrath (Preis ca. 1 fl. 45 kr. bis 2 fl.).

Erörterung für die Rechtsanwendung nicht ohne unmittelbares Interesse sein wird.

I. Der Art. 1 des Gesetzes lautet:

> Der Eigenthümer eines Grundstückes ist berechtigt, auf demselben innerhalb seiner Eigenthumsgrenze nach seinem Ermessen zu bauen, sofern er nicht durch Reichsgesetz oder durch die in dem gegenwärtigen Gesetze begründeten polizeilichen und nachbarrechtlichen Vorschriften beschränkt ist.

Der Art. 1 des Entwurfes hatte die in dem Beisatze, sofern &c. enthaltene Einschränkung dahin gefaßt:

> sofern er den durch das gegenwärtige Gesetz begründeten polizeilichen und nachbarrechtlichen Vorschriften und Verpflichtungen nachkommt.

Gegen diesen von der Kommission der Kammer der Abgeordneten zur Annahme empfohlenen Artikel wurde bei der Berathung eingewendet, daß der Eigenthümer am Bauen auch durch das Gesetz ganz verhindert sein könne, was in dem Entwurf nicht zum Ausdruck komme und daß nach der Fassung des Entwurfes privatrechtlich eingegangene Verpflichtungen, welche außer den im Gesetz enthaltenen zu Gunsten der Contrahenten Beschränkungen des Baurechtes erzeugen, sei es in der Form von Servituten, sei es in der Form von persönlichen Verpflichtungen, von dem Gesetze nicht als Beschränkungen des Baurechtes bezeichnet seien. Es wurde daher nach dem Antrage des Abg. Mohl beschlossen, in dem Regierungsentwurf nach dem Worte „sofern“ einzuschalten:

> ihm kein gesetzliches oder privatrechtliches Hinderniß im Wege steht und &c.

Bei der Verhandlung der Kammer der Standesherrn, deren Kommission die Annahme dieses Beschlusses der Kammer der Abgeordneten beantragt hatte, wurde jedoch hiegegen eingewendet, daß auch diese Fassung inkorrekt sei, da gesetzliches und privatrechtliches Hinderniß keine Gegensätze bilden, das privatrechtliche Hinderniß auch ein gesetz-

liches sei, das gesetzliche auch ein privatrechtliches Hinderniß sein könne, sowie daß der beibehaltene Satz des Entwurfes ein Pleonasmus sei, indem er nur im engeren Kreise wiederhole, was schon der unmittelbar vorangegangene Satz ausdrücke. Dieser Ausführung des Freiherrn v. Holzschuher trat die Kammer der Standesherrn unter Annahme des von ihm gestellten Antrags bei, welcher nunmehr, nachdem die Kammer der Abgeordneten dem Beschluß der anderen Kammer zugestimmt hat, als Art. 1 sich in dem Gesetze findet. Hiebei war man sich allerdings bewußt, daß auch nach dieser Fassung die durch Servituten oder Verträge begründeten Baubeschränkungen in Art. 1 keine Erwähnung gefunden haben. Aber man glaubte sich hiebei schließlich, allerdings sehr wenig im Einklang mit der ersten Begründung der Aenderungsvorschläge in der Kammer der Abgeordneten, beruhigen zu können, da „diese Beschränkung so selbstverständlich sei, daß sie einer Erwähnung im Gesetze nicht bedürfe."

Der im Art. 1 ausgesprochene Grundsatz enthält, vom Gesichtspunkte des Privatrechtes aus betrachtet, die Präsumtion für die Freiheit des Eigenthumes.[4] Jeder, welcher den Eigenthümer oder den Besitzer durch eine privatrechtliche Einsprache hindern will, nach seinem Ermessen innerhalb der Grenzen seines Eigenthumes oder Besitzes zu bauen, hat den Beweis eines entgegenstehenden Rechtes und zwar entweder auf Grund der in der Bauordnung enthaltenen nachbarrechtlichen Bestimmungen, oder auf Grund einer durch besonderen Titel erworbenen Servitut oder eines besonderen Vertrags zu erbringen. Da schon

---

[4] Obwohl das Gesetz nur vom Eigenthümer eines Grundstückes spricht, so steht demselben doch unzweifelhaft der Besitzer gleich, da dieser die Herrschaft des Eigenthümers über die Sache ausübt. Der Art. 1 will offenbar nicht auf eine Unterscheidung zwischen Eigenthum und Besitz hinweisen, sondern nur aussprechen, daß in dem Eigenthum das Recht zu bauen mit der angefügten Beschränkung enthalten ist.

durch den Art. 13 des Gesetzes vom 24. August 1849 betreffend die Beseitigung der Ueberreste älterer Abgaben, der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist, daß der negatorische Kläger niemals, auch wenn die Gegenpartei sich im Quasibesitz einer Belastung des Eigenthumes befindet, die Freiheit desselben zu beweisen hat, so enthält der Art. 1 der Bauordnung hiernach in privatrechtlicher Beziehung nur eine Bestätigung des bestehenden Rechtes.

Nach seiner öffentlich rechtlichen Bedeutung enthält aber der Art. 1 zwei Grundsätze, welche zwar die bisherige Praxis gleichfalls befolgte, deren gesetzliche Grundlage aber nicht klar nachzuweisen war.[5] Es ist nun gesetzlich festgestellt, daß

1) in dem Eigenthum das Recht zu bauen an sich enthalten ist und nicht erst einer Verleihung, Concessionirung durch die polizeiliche Erlaubniß bedarf,

2) daß aber dieses Recht nur innerhalb der durch die bestehenden Baupolizeivorschriften gezogenen Grenzen ausgeübt werden kann, mithin obwohl an sich der Ausfluß des Eigenthumes, eines Privatrechtes, doch seinem inneren Wesen nach im öffentlichen Interesse durch die baupolizeilichen Vorschriften beschränkt ist.

Die wichtigsten Konsequenzen dieser zwei Grundsätze sind:

1) daß der Regel nach der Eigenthümer für keine baupolizeiliche Beschränkung in seinem Rechte zu bauen, wenn dieselbe dem Gesetze gemäß ist, Entschädigung anzusprechen hat, daß derselbe aber

2) wenn er darthut, daß eine ergangene ihn belästigende baupolizeiliche Verfügung in dem Gesetze oder dem innerhalb der gesetzlichen Vollmacht erlassenen Baustatut nicht begründet sei, nicht nur in einem Interesse, sondern in einem subjektiven Rechte[6] verletzt erscheint.

---

[5] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 193, Bd. XV. S. 43 Note 1.
[6] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 190 und 309.

II. Schon mit dem in dem Art. 1 enthaltenen Grundsatz ist die Grundlage für die Bestimmung der Kompetenz in Baustreitigkeiten gegeben. Die Kompetenz speziell ordnend, bestimmt der Art. 74:

> Die Entscheidung der Streitigkeiten, welche die nachbarrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes (Artikel 56—73, vergl. mit Art. 1) betreffen, kommt den bürgerlichen Gerichten zu.
>
> Für die Anwendung der übrigen Vorschriften dieses Gesetzes sind die Verwaltungsbehörden (Polizei- und Verwaltungsjustizstellen) zuständig.

Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Civilgerichte ist hiemit grundsätzlich dem bisherigen Rechte gemäß geordnet und wird in der Anwendung der Regel nach keine Schwierigkeiten bieten. Da die Baupolizeibehörden über die in den nachbarrechtlichen Bestimmungen (Art. 56—73) enthaltenen Vorschriften nicht zu wachen und hierauf gegründete Einwendungen nach Art. 88 Abs. 2, ohne daß sie die baupolizeiliche Behandlung hemmen,[7] an den Civilrichter zu verweisen haben, so kann eine den Eigenthümer beschränkende oder zu einem baulichen Aufwand verpflichtende Verfügung der Baupolizeibehörden nur auf baupolizeilichen Vorschriften beruhen und es kann daher nach Abs. 2 des Art. 74 hiegegen niemals der Civilrichter angerufen werden. Es finden sich nun aber einige Be-

---

[7] Ebensowenig kann die Einwendung, daß der Baulustige nicht Eigenthümer des Grundstückes sei, nach der Vorschrift des Art. 88 Abs. 2 die Baupolizeibehörde veranlassen, die baupolizeiliche Behandlung bis zum Austrag des Eigenthumsstreits zu sistiren. Daß aber, um die polizeiliche Behandlung eines Baugesuches verlangen zu können, der Baubehörde nöthigenfalls der Nachweis der zum Bauen nothwendigen thatsächlichen Herrschaft über das zu überbauende Grundstück, ferner der Nachweis der Handlungsfähigkeit des Ansuchenden geliefert werden muß, ist wohl selbstverständlich. Man kann der Baubehörde doch nicht zumuthen, mit Zukunftsbauprojekten, welche z. B. auf der Hoffnung, ein Grundstück zu erwerben, beruhen, sich zu beschäftigen.

stimmungen, bezüglich welcher gleichwohl die Kompetenzfrage einer besonderen Erörterung bedarf.

1) Der Art. 6 bestimmt folgendes:

> Auf einer bisher nicht überbauten Fläche, welche nach dem Ortsbauplan zu einer Ortsstraße oder zu einem nicht mit Gebäuden zu besetzenden öffentlichen Platze bestimmt ist, darf von Feststellung dieses Planes an kein Bauwesen mehr errichtet werden.
>
> Sowohl in diesem Falle als auch wenn nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 3, Art. 22, 23, 28—34 und wegen Anlegung und Erhaltung von Vorgärtchen (Art. 15 Abs. 2) ein Grundstück nicht überbaut werden darf, hat der Eigenthümer für diese Beschränkung keine Entschädigung anzusprechen.
>
> Dagegen kann er verlangen, daß die Gemeinde ein zu einem öffentlichen Platze bestimmtes Grundstück erwerbe, sobald die Grundfläche zu den den Platz umgebenden Straßentheilen erworben ist.

Ebenso kann nach Art. 7 der am Wiederbauen verhinderte Grundeigenthümer verlangen, daß die Gemeinde die für die Straße oder den öffentlichen Platz erforderliche Fläche sofort gegen volle Entschädigung erwerbe.

Diese Bestimmungen greifen in die Lehre von der Zwangsenteignung ein. Durch die Feststellung des Ortsbauplanes wird, was bisher bestritten war, dem Eigenthümer der für Straßen, öffentliche Plätze, Vorgärtchen u. s. f. bestimmten Fläche das an sich in seinem Eigenthum enthaltene Recht zu bauen für diese Fläche ohne das in §. 30 der Verfassungs-Urkunde vorgeschriebene Expropriationsverfahren und ohne Entschädigung entzogen. Da ihm aber die Entziehung dieses Rechtes unter Umständen denselben Nachtheil, wie die Entziehung des Eigenthumes selbst, zufügt, so ist für zwei der exorbitantesten dieser Fälle in Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 4 das Recht anerkannt, von der Gemeinde die Erwerbung dieser Fläche zu verlangen (der umgekehrte Fall der Expropriation).

Daß nun, wenn in Anwendung dieser Bestimmungen die Verpflichtung der Gemeinde zur Erwerbung der Grundfläche feststeht, auch in diesem Falle ein noch immer möglicher Streit über den zu zahlenden uneigentlichen Expropriationspreis in Anwendung des §. 30 der Verfassungs-Urkunde vor dem Civilrichter zu verhandeln ist, erscheint selbstverständlich. Ebenso ist außer Zweifel, daß auch der Civilrichter bei diesem Streit die Vorschrift des zweiten Satzes des Art. 6, welcher einen Entschädigungsanspruch für die Verhinderung des Bauens in den bezeichneten Fällen ausschließt, anzuwenden hat, obwohl dieß nur eine „baupolizeiliche" Vorschrift ist, daß mithin bei der Feststellung des uneigentlichen Expropriationspreises auch im Civilverfahren in Anwendung der erwähnten Bestimmung der öffentliche Platz nicht als Bauplatz geschätzt werden kann. Wenn nun aber darüber ein Streit entsteht, ob die Gemeinde zur Erwerbung einer Fläche verpflichtet sei, so wird derselbe in der Regel die Form annehmen, daß der bisherige Eigenthümer, welcher am Ueberbauen derselben verhindert wurde, nunmehr die Bezahlung des Kaufpreises verlangt und man könnte versucht sein, zur Entscheidung über diese Forderung den Civilrichter für zuständig zu halten, da diese Klage Nichts anderes als eine Entschädigungsklage für eine nach der Behauptung des Klägers mit dem Bauverbot nothwendig verbundene Eigenthumsentziehung ist. Allein hiegegen spricht der ganz bestimmte Wortlaut des Art. 74. Die Frage, ob die Gemeinde verpflichtet ist, den Platz zu erwerben, ist durch Anwendung der baupolizeilichen Vorschriften des Gesetzes zu entscheiden und ein Streit über den Betrag des zu zahlenden Preises setzt die vorgängige Feststellung der Verpflichtung zur Erwerbung voraus. Die Entscheidung über diesen letzteren Punkt ist präjudiziell für den Streit über die Größe des Preises und daher von der hiefür zuständigen Behörde zu treffen, ehe über die Größe des Preises entschieden werden kann. Daß aber, wenn der Streit über die Verpflichtung

zur Erwerbung entschieden ist, alsdann die Lage der Sache dieselbe ist, wie wenn im Expropriationsverfahren die Nothwendigkeit der Abtretung festgestellt ist und daß daher nach diesem Stadium in Anwendung des §. 30 der Verfassungs-Urkunde der Streit über die Größe der Entschädigung vor den Civilrichter gehört, wird ebendeßhalb und nach allgemeinen Grundsätzen [8] keinem begründeten Zweifel unterliegen.

2) Der Art. 8 lautet:

> Soweit in Folge der Durchführung der in dem Ortsbauplane festgesetzten Straßenvisire die Besitzer von Gebäuden, welche schon vor Feststellung jenes Visirs an der richtig zu legenden Straße errichtet waren, in der seitherigen Benützung ihrer Gebäude beeinträchtigt werden, oder um dieselben sich zu erhalten, zu baulichen Aenderungen gezwungen sind, können sie von der Gemeinde den Ersatz ihres Schadens beanspruchen.
>
> Bei der Festsetzung der Entschädigung ist zu Gunsten der Gemeinde der Mehrwerth in Berechnung zu nehmen, welcher durch die neue Einrichtung der betreffenden Liegenschaft zuwächst.

Zu Begründung dieser Gesetzesbestimmung, welche ihre Entstehung einem Antrag der Kommission der Kammer der Abgeordneten verdankt, ist in dem Berichte nur kurz unter Verweisung auf eine in Seuffert's Archiv [9] veröffentlichte Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Rostock bemerkt, daß eine solche Verpflichtung schon nach gemeinem Rechte anerkannt worden sei. Nach dieser Begründung und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müßte man sich für die Zuständigkeit des Civilgerichts zur Verhandlung über einen auf diese Gesetzesbestimmung gestützten Entschädigungsanspruch entscheiden. Es ist hiemit in der Sache selbst ein Entschädigungsanspruch gesetzlich für einen durch

[8] Vergl. dieses Archiv Bd. XV. S. 31 und S. 36.
[9] Bd. XXII. S. 217.

die öffentliche Gewalt erfolgten Eingriff in das Privatrecht der Einzelnen anerkannt, dessen Geltendmachung die Verfügung der öffentlichen Gewalt durchaus unberührt läßt und sich ausschließlich auf dem vermögensrechtlichen Gebiete bewegt. Allein der Wortlaut des Art. 74 schließt die Zuständigkeit des Civilrichters so bestimmt aus, daß man ohne eine anderweitige gesetzliche Bestimmung dieselbe wird verneinen müssen. Bei einem Streite über diese Entschädigungspflicht handelt es sich lediglich um die Anwendung der angeführten gesetzlichen Bestimmung, welche nicht unter die nachbarrechtlichen Vorschriften aufgenommen und daher nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes unter den zweiten Absatz des Art. 74 zu stellen ist. Es kann sich hiegegen auch nicht wie in dem Falle des Art. 6 auf den §. 30 der Verfassungsurkunde berufen werden, da nicht die Entziehung eines Rechts in Frage steht.

3) Der Regierungsentwurf enthielt in Art. 65, in dem Abschnitt über nachbarrechtliche Bestimmungen, die Anerkennung des privatrechtlichen Grundsatzes, daß der Eigenthümer eines Grundstücks nicht gehindert ist, auf demselben Brunnen und Cisternen zu errichten, auch wenn hiedurch dem Nachbar das Quellwasser entzogen wird. Nur wenn hiedurch oder durch die zufällige Eröffnung einer Quelle ein dringendes öffentliches Interesse beeinträchtigt wird, sollte nach dem Entwurf der Polizeibehörde das Recht des Verbots und des Verschlusses der Quellöffnung zustehen, bis die Entscheidung über einen Expropriationsantrag herbeigeführt ist. Im Fall der Beschädigung oder Gefährdung einer öffentlich benützten Heilquelle war ein Entschädigungsanspruch des in seinem Rechte hiedurch beschränkten Eigenthümers für unstatthaft erklärt. Gegen diesen Artikel und für das bestehende Recht hatte sich schon der erste von der Kommission der Kammer der Standesherrn erstattete Bericht in ausführlicher Begründung erklärt.[10] Die Kom-

---

[10] **Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 251 u. f., insbes. S. 260.**

mission der Kammer der Abgeordneten hatte Annahme des Artikels des Entwurfs mit Ausnahme des zu Gunsten der öffentlichen Heilquellen gemachten Vorbehalts beantragt, die Kammer der Abgeordneten dagegen auf den Antrag des Abgeordneten v. Schwandner die unveränderte Annahme des Regierungsentwurfs beschlossen. Der zweite Bericht der Kommission der Kammer der Standesherrn begründete wiederholt und eingehend ihre frühere abweichende Ansicht und die Kammer der Standesherrn beschloß dem abgeänderten Kommissionsantrage gemäß folgenden Artikel 65 statt des Artikels des Entwurfs:

> Der Eigenthümer eines Grundstücks ist nicht befugt, durch Anlage eines Brunnens oder einer Cisterne auf demselben den bereits vorhandenen Brunnen eines Andern erheblich zu benachtheiligen.
>
> Außerdem kann die Polizeibehörde, wenn und soweit durch eine solche Anlage ein erhebliches öffentliches Interesse beeinträchtigt oder eine öffentlich benützte Heilquelle beschädigt oder gefährdet wird, die Errichtung des Brunnens oder der Cisterne untersagen und die Wiederherstellung des bisherigen Zustandes anordnen.
>
> Was vorstehend von der Anlage von Brunnen gesagt ist, gilt auch von der zufälligen Eröffnung einer Quelle.

Die Kammer der Abgeordneten beharrte zwar in der Sitzung vom 10. April nach dem Antrage ihrer Kommission auf ihrem früheren Beschlusse, trat aber, in der Sitzung vom 13. April, um durch diese Differenz nicht das ganze Gesetz in Frage zu stellen, dem von der Kammer der Standesherrn gemachten Gegenvorschlag bei, welcher als Art. 64 des Gesetzes lautet:

> In Beziehung auf das Recht, Brunnen und Cisternen zu graben, sowie hinsichtlich des Wasserlaufes und der Wasserbenützung bleibt es vorerst bei den be-

stehenden Rechtsnormen (vgl. Bauordnung Titel von Bronnen S. 69.)

Ueber das bestehende Recht ist auf die frühere Mittheilung in diesem Archiv [11] zu verweisen. Obwohl hierüber in der Kammer der Abgeordneten verschiedene Auffassungen sich geltend machten, so wird man doch zur Zeit nach den a. a. O. mitgetheilten Entscheidungen als geltendes Recht bezeichnen können, daß der Eigenthümer privatrechtlich nicht gehindert ist, Brunnen und Cisternen auf seinem Grundstück herzustellen, auch wenn er dadurch das Wasser dem bereits vorhandenen Brunnen eines Andern entzieht, daß jedoch in Anwendung der angeführten Bestimmung der Bauordnung die Polizeibehörde befugt ist, hiegegen einzuschreiten, wenn das öffentliche Interesse beeinträchtigt wird, daß mit andern Worten die Civilgerichte eine Beschränkung dieser Befugniß des Eigenthümers nicht anerkennen, dagegen die Polizeibehörden und der Königl. Geheimerath als oberste Administrativjustizbehörde im Falle einer an ihn von dem Eigenthümer gebrachten Beschwerde das öffentliche Interesse gegen die Beeinträchtigung durch eine Aenderung des Eigenthümers schützen. Nun ist aber der Art. 64 unter die nachbarrechtlichen Vorschriften des Gesetzes gestellt und man könnte daher versucht sein, in Anwendung des Art. 74 einen Streit über diesen Gegenstand, ohne Unterschied, ob es sich um die Collision von Privatinteressen oder die Collision des Eigenthums mit dem öffentlichen Interesse handelt, ausschließlich der Kompetenz des Civilrichters zuzuweisen. Es ist kaum daran zu zweifeln, daß in diesem Falle das absolut unbeschränkte Recht des Eigenthümers zur Geltung käme. Dieß würde aber unzweifelhaft der Intention der Kammer der Standesherrn widersprechen und es kann daher auch dem Beschluß der Kammer der Abgeordneten dieser Sinn nicht beigelegt werden. Auch der Wortlaut des Art. 64 würde dieser

---

[11] Bd. XIV. S. 251 u. f.

Folgerung aus Art. 74 widersprechen. Denn indem der Gesetzgeber ausdrücklich das bestehende Recht bestätigt, sind auch die zur Zeit geltenden Grundsätze über die Grenze der civilgerichtlichen und administrativgerichtlichen Kompetenz anerkannt. Man gelangt daher nach dem Grundsatz, lex specialis derogat generali, zu dem Ergebniß, daß der Eigenthümer gegen eine aus Rücksichten des öffentlichen Interesses von der Polizeibehörde ergangene Beschränkung seiner Befugniß, Brunnen und Cisternen zu graben, nicht den Civilrichter anrufen, sondern nur nach Maßgabe des §. 60 Ziff. 1 der Verfassungsurkunde Beschwerde bei dem Königl. Geheimenrath erheben kann.

III.) Wenn und soweit nach dem Ausgeführten in Baustreitigkeiten der Civilrichter nicht zuständig ist, sind dieselben nach Abs. 2 des Art. 74 von den Polizei- und Verwaltungsjustizstellen zu erledigen. Darüber, in welchen Fällen die ersteren ausschließlich zuständig sind und in welchen Fällen ein Streit oder eine Beschwerde auch im Verwaltungsrechtswege, d. h. in letzter Instanz bis zu dem Königl. Geheimenrath verfolgt werden kann, mit andern Worten über die Grenze von Verwaltung und Verwaltungsjustiz enthält das Gesetz außer dem in Art. 1 ausgesprochenen Grundsatz (oben I) keine ausdrückliche Bestimmung. Man ist daher bezüglich dieser Frage auf die allgemeinen Grundsätze angewiesen, welche allerdings im Wesentlichen nur auf der Praxis der Rechtsprechung, namentlich des Königl. Geheimenraths beruhen und zahlreichen Zweifeln Raum geben, die durch das Gesetz vom 13. Novbr. 1855 betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungssachen noch vermehrt werden.

Nach den früheren Erörterungen des Verfassers hierüber an der Hand ergangener Entscheidungen des Königl. Geheimenraths wird man zu folgendem Ergebniß gelangen:

1) Nur in einer Verwaltungsjustizsache ist eine Beschwerde an die oberste Verwaltungsjustizbehörde, zur Zeit den Königl. Geheimenrath, zulässig.

2) Eine Verwaltungsjustizsache ist ohne Unterschied, ob sich zwei Partheien oder ein Einzelner und das durch die Polizeibehörde vertretene öffentliche Interesse gegenüberstehen, vorhanden, wenn die Verletzung eines subjektiven Rechts, nicht aber wenn die Verletzung eines Interesses den Gegenstand der Beschwerde bildet.

3) Wie schon oben dargethan wurde, so liegt, nachdem in Art. 1 das Baurecht des Eigenthümers ausdrücklich anerkannt ist, stets eine Verwaltungsjustizsache vor, wenn der Eigenthümer behauptet, im Widerspruch mit dem bestehenden Recht durch eine Verfügung der Baupolizeibehörde in seinem (subjektiven) Baurecht beschränkt oder durch eine solche Verfügung ohne Rechtsgrund vermögensrechtlich belastet zu sein. Dieß trifft auch dann zu, wenn in Anwendung der Vorschrift des Art. 93 Abs. 3 die Baupolizeibehörde Zwangsmaßregeln zur Umgestaltung oder Beseitigung begonnener oder ausgeführter Bauwesen wegen Verletzung der Bauvorschriften anordnet und der Eigenthümer sich hiedurch, sei es weil er die Verletzung von Vorschriften bestreitet, sei es wegen der Art der Anordnung verletzt erachtet.

4) Dagegen hat der Regel nach derjenige, welcher sich auf die nicht im vierten Abschnitt unter den nachbarrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes enthaltenen Vorschriften beruft, um eine Einwendung gegen ein beabsichtigtes Bauunternehmen zu begründen, kein subjektives Recht hiezu. Er verfolgt nur unter Berufung auf das öffentliche Recht ein eigenes Interesse, welches von dem Gesetzgeber nicht als sein subjektives Recht anerkannt ist. Hätte der Gesetzgeber mit den baupolizeilichen Vorschriften ein Recht der Einzelnen anerkannt, so wäre ein großer Theil derselben unter die nachbarrechtlichen Bestimmungen aufzunehmen gewesen. Einige Beispiele genügen, um dieß zu beweisen.

In Art. 23 ist über die größte zulässige Höhe der Gebäude bestimmt, daß sie von der Oberfläche der Straße

bis zum Dachtrauf gemessen, die Breite der Straße in der Regel um mehr als 4,8 Meter nicht übersteigen soll. Unzweifelhaft hat der Nachbar neben und gegenüber dem Neubau ein unmittelbares Interesse dabei, daß diese Vorschrift eingehalten werde. Allein diese Bestimmung gewährt ihm als Einzelnen kein Recht auf ihre Einhaltung, sie ist nur im öffentlichen Interesse ergangen und ein Streit hierüber zwischen dem Baulustigen, der die Bauerlaubniß erhalten hat, und dem hiebei interessirten Nachbar kann seine Erledigung nur im Wege der Verwaltungsverfügung, nicht im Wege der Rechtsprechung finden. Auch wenn der letztere behauptet, daß durch eine ertheilte Bauerlaubniß diese gesetzliche Bestimmung verletzt sei, kann er doch nicht behaupten, daß er hiedurch, abgesehen von der auf ein Privatrecht gestützten Einsprache in seinem Recht verletzt sei. Würde der Nachbar ein Recht auf die Einhaltung dieser Bestimmung haben, so wäre sie unter die nachbarrechtlichen Vorschriften einzureihen gewesen und unzweifelhaft eingereiht worden.

Nach Art. 31 ist über die Entfernung neuer Bauten von Waldungen, Lager-, Holzabstoß- und Wasenplätzen, Eisenbahnlinien, Landstraßen und öffentlichen Wassern, sowie von Friedhöfen durch das Ortsbaustatut, oder im einzelnen Falle Bestimmung zu treffen. Der Eigenthümer einer Waldung, eines Lager- oder Holzabstoßplatzes ist wegen der Feuersgefahr, die mit allzugroßer Nähe bewohnter Gebäude mit Feuereinrichtung verbunden ist, unmittelbar dabei interessirt, daß die zum Schutze gegen Feuersgefahr nöthige Entfernung eingehalten werde. Da aber nach dem Gesetze der Verwaltung die Bestimmung dieser Entfernung in dem Ortsbaustatut oder im einzelnen Falle zukommt, so hat der Eigenthümer angeblich gefährdeter Objekte kein Recht auf Einhaltung einer bestimmten Entfernung und kann mithin, auch wenn er behauptet, sein Interesse sei durch die getroffene Verfügung gefährdet, nicht behaupten, er sei hiedurch in seinem Rechte verletzt. Selbst wenn

im Widerspruch mit der in dem Ortsbaustatut getroffenen Vorschrift eine Bauerlaubniß ertheilt würde, könnte derselbe nicht als in einem Rechte verletzt erachtet werden, da auch das Ortsbaustatut lediglich eine im öffentlichen Interesse für nothwendig erkannte Norm gibt, ohne dem Einzelnen, dessen Interesse bei dem Bau des Dritten betheiligt ist, ein Recht auf deren Beobachtung einzuräumen.[12]

Nach Art. 46 bleibt den Ortsbaustatuten vorbehalten, in Städten von größerer Bedeutung und in solchen Orten, bei welchen eigenthümliche Verhältnisse zutreffen, über die Anordnung des Aeußeren der Gebäude Vorschriften zu ertheilen. Nach Abs. 2 dieses Artikels dürfen keine Farben beim Anstreichen der Gebäude verwendet werden, welche für die Umgebung in gesundheitspolizeilicher Beziehung nachtheilig sind. Daß bei der Einhaltung dieser Vorschriften die Nachbaren wiederum unmittelbar betheiligt sind, leuchtet ein. Allein der Gesetzgeber hat denselben ein Recht auf die Handhabung dieser Vorschrift, welches sie unzweifelhaft auch bisher nicht hatten, nicht eingeräumt. Die Verletzung eines solchen kann daher auch im Falle einer Verfügung der Baupolizeibehörde, durch welche sich die Nachbarn in ihren Interessen verletzt erachten, nicht in Frage kommen. Wenn also ein Nachbar einen bestimmten baupolizeilich unbeanstandeten Anstrich gleichwohl für gesundheitsschädlich bezeichnen würde und ihm ein technisches Gutachten in seinem Sinne zur Seite stünde, so könnte er gleichwohl nicht als in einem Rechte verletzt erachtet werden.

Dasselbe Verhältniß besteht *der Regel* nach bei allen übrigen in dem Gesetze außer dem vierten Abschnitte enthaltenen Bestimmungen, was einer näheren Begründung im Einzelnen nicht bedürfen wird. Bei einigen derselben, wo die Sache selbst eine andere Auffassung nahe legen konnte, ist dieß im Gesetze ausdrücklich hervorgehoben.

Nach Art. 21 Abs. 3 kann das Hervortreten einzel-

---

[12] **Vergl. *dieses* Archiv oben S. 329 bis 331.**

ner über den Boden hervorstehender Gebäudetheile über die Baulinie durch das Ortsstatut insoweit gestattet werden, als dieß mit den Rücksichten auf Gesundheit, Sicherheit und Verkehr auf den Straßen und Plätzen vereinbar und nicht für die Nachbargebäude mit erheblichen Nachtheilen verbunden ist. Man könnte aus den gesperrt gedruckten Worten zu der Folgerung gelangen, daß hiermit ein Recht der Nachbarn, gegen hervorstehende Gebäudetheile Einsprache zu erheben, wenn ihnen hiedurch erhebliche Nachtheile, z. B. die Versperrung der Aussicht in erheblichem Maaße zugehen, habe anerkannt werden wollen. Allein ausdrücklich wird in dem folgenden Absatz bestimmt, daß die Gestattung des Hervortretens einzelner Gebäudetheile über die Baulinie, wenn ein Ortsbaustatut nicht verhanden ist, oder dasselbe keine einschlägige Bestimmung enthält, „von dem Ermessen und den Vorschriften der Polizeibehörde abhänge." Hiemit ist ausdrücklich die Annahme eines Rechtes der Nachbarn, gegen Vorsprünge Einsprache zu erheben, ausgeschlossen. Da abgesehen von den Vorschriften des Baustatutes das Ermessen entscheidet, so hat weder der Eigenthümer des Baues ein Recht auf Gestattung solcher Vorsprünge, wofern ihm nicht das Baustatut zur Seite steht, noch der Nachbar ein Recht, gegen die Gestattung solcher aus seinem subjektiven Recht Einsprache zu erheben. Allerdings ist die Polizeibehörde verpflichtet, das Gesetz richtig anzuwenden, mithin Vorsprünge, welche für die Nachbargebäude mit erheblichen Nachtheilen verbunden sind, nicht zu gestatten; allein nicht auf Realisirung eines Rechtes der Nachbarn, sondern nur auf Realisirung des Gesetzes, des objektiven Rechts geht diese Pflicht.

Ganz ebenso verhält es sich mit Art. 29. Dieser Artikel bestimmt, daß in einem Orte, wo Abstände zwischen den Gebäuden ohne Unterschied der Bauart vorgeschrieben waren, wenn eine solche polizeiliche Vorschrift nicht mehr besteht, der durch den Abstand entstandene

Zwischenraum zwischen zwei jener Vorschrift gemäß gebauten Gebäuden nur insoweit überbaut werden darf, als daraus dem Eigenthümer der benachbarten Gebäude kein erheblicher Nachtheil erwächst. Um aber die Annahme eines Verhinderungs*rechtes* des Nachbars auszuschließen, ist die Entscheidung darüber, ob jene Voraussetzung zutreffe, durch das Gesetz „dem *Ermessen* der Polizeibehörde" ausdrücklich vorbehalten.[13]

Hierher gehört endlich die Bestimmung des Art. 32, welcher das bisherige Verbot des Bauens außerhalb Etters aufhebt, in Abs. 2 aber das Verbot des Bauens außerhalb Etters aus feuer- und sicherheitspolizeilichen Gründen zuläßt und in Abs. 3 ausdrücklich bestimmt, daß „über von Dritten erhobene Einsprachen die Polizeibehörden entscheiden", welche Bestimmung keine andere Bedeutung haben kann, als daß die Betretung des Administrativrechtsweges von Seiten Dritter, welche Einsprache erheben, ausgeschlossen ist.

Das Gesetz ist hiebei ganz konsequent verfahren, da, wie bemerkt, die baupolizeilichen Vorschriften, auch wo ihr Zweck der Schutz der Interessen der Nachbaren ist, diesen keine besonderen Rechte auf deren Einhaltung einräumen, ihre Interessen vielmehr lediglich unter den allgemeinen Schutz der gesetzmäßigen Verwaltung stellen. Wenn je hierüber noch ein Zweifel bestände, so müßte er Angesichts des Art. 76 verschwinden. Nach Art. 76 ist die Dispensation von den durch das Gesetz, Verordnungen oder Ortsbaustatuten unbedingt ertheilten polizeilichen Vorschriften für einzelne dringende Fälle von besonderer Natur dem Ministerium des Innern insoweit vorbehalten, als nicht dadurch dem Rechte oder erheblichen *Interessen* eines Dritten Eintrag geschieht. Würden die baupolizeilichen Bestimmungen, wo sie den Schutz der Interessen einzelner Staatsbürger zum Zweck haben, diese Interessen zu subjektiven Rechten erhoben haben, so hätte die Dispensationsgewalt, welche der

[13] Vgl. dieses Archiv oben S. 331—334.

Gesetzgeber hiermit, wenn gleich unter selbstverständlichen Einschränkungen anerkannt hat, keinen Raum.

Dieser allgemeine Grundsatz wird endlich durch eine weitere Erwägung bestätigt. Wollte man in einzelnen Fällen die Erhebung des Einzelninteresses zu einem subjektiven Rechte anerkennen, wo die Absicht der baupolizeilichen Vorschrift das Einzelinteresse zu schützen, klar vorliegt, so wäre nicht abzusehen, wo die Grenze liegt, welchen baupolizeilichen Bestimmungen diese Wirkung zukommen soll und welchen nicht. Es kann nicht bei jeder einzelnen Bauvorschrift ermittelt werden, ob ihr Zweck der Schutz der Interessen der Nachbarn, oder eine allgemeine Rücksicht auf das öffentliche Wohl ist, bei dessen Verfolgung ganz unbekannte Einzelne interessirt sein können. So sind z. B. bei der Einhaltung der zum Schutz gegen Feuersgefahr gegebenen Vorschriften ebensowohl die Nachbarn, als die Brandversicherungsanstalt ganz unmittelbar interessirt. Gleichwohl denkt unzweifelhaft Niemand daran, daß diese Betheiligten für sich ein Recht auf die Einhaltung dieser Vorschriften haben. Sie sind befugt, wie jeder Staatsbürger ihre Interessen durch die Hinweisung der Polizeiverwaltung auf das Gesetz, durch die Denuntiation von Zuwiderhandlungen, durch die Beschwerden im Verwaltungswege zu wahren. Aber daß durch eine Contravention ihr Recht verletzt sei, wird Niemand behaupten. Was aber von diesen Vorschriften gilt, muß der Regel nach von allen baupolizeilichen Bestimmungen gelten, in deren Begriff es liegt, daß sie nur Normen für die Verwaltung geben, kein Recht Einzelnen verleihen.

5) Uebrigens ist diese Regel nicht ohne Ausnahmen, nur müssen nach dem eben Ausgeführten diese Ausnahmen bewiesen, d. h., es muß in dem einzelnen Falle, in welchem ein Einzelner (oder eine Gemeinde oder Corporation als Vermögenssubjekt) behauptet, durch eine baupolizeiliche Verfügung oder eine unter die baupolizeilichen Bestimmungen zu stellende Handlung eines Bauenden in seinem

Rechte verletzt zu sein, und deßhalb ein Recht der Klage bzw. Beschwerde im Verwaltungsjustizweg, bis an den Geheimerath zu haben, dargethan sein, daß das Gesetz ein subjektives Recht anerkennt, welches in Frage steht. Dieß ist

A. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach der Natur der Sache [14] in allen Fällen anzunehmen, in welchen das Gesetz aus baupolizeilichen Gründen Jemand zu einer vermögensrechtlichen Leistung verpflichtet. Wenn auf Grund einer solchen Gesetzesbestimmung eine Leistung verlangt oder auferlegt ist, zu welcher verpflichtet zu sein, der Beanspruchte bestreitet, so liegt, wenn seine Behauptung thatsächlich begründet ist, unzweifelhaft die Verletzung eines subjektiven Rechtes vor, welche nach dem öffentlichen Rechte, in Anwendung der baupolizeilichen Gesetzes- oder Statutenvorschriften, zu beurtheilen ist und über welche daher das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat. Hierher gehören

a) diejenigen Bestimmungen, in welchen den Gemeinden Leistungen für baupolizeiliche Zwecke auferlegt sind, wobei ihnen nach dem Gesetz entweder Einzelne als Berechtigte gegenüberstehen oder die Verpflichtung eine einseitige ohne ein gegenüberstehendes Einzelnrecht ist. Beispiele der letzten Art sind die Art. 10, Art. 13 Abs. 1, 2 und 3. Beispiele der ersten Art bieten Art. 6 Abs. 3, Art. 7 Abs. 4, Art. 8. Die Frage, ob eine Gemeinde verpflichtet ist, die zu einem öffentlichen Platze, oder im Falle des Art. 7 zu einer Straße bestimmte Fläche zu erwerben, ob ein Hauseigenthümer wegen der ihm durch Veränderung der Straßenvisire zugegangenen Nachtheile zu entschädigen ist und in welchem Betrag, ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung ebenso wie die Frage, ob die Gemeinde eine Straße zu eröffnen hat (Art. 13 Abs. 1 u. 2), in welchem Zustande sie dieselbe herzustellen hat, daß sie für den darauf stattfindenden Verkehr brauchbar ist (Art. 10),

---

[14] Vergl. meine Ausführung in Bd. XIV. S. 191 u. f., Bd. XV. S. 13 u. f., S. 44 u. f.

nur mit dem Unterschied, daß in den erstgenannten Fällen sich ein verpflichtetes und ein berechtigtes Rechtssubjekt (Gemeinde oder Einzelner) gegenüber stehen, während in den letztgenannten nur ein verpflichtetes Subjekt, die Gemeinde, der öffentlichen Gewalt gegenüber steht.

b) Das Gesetz verpflichtet auch Einzelne zu Leistungen für baupolizeiliche Zwecke, oder läßt ihre Verpflichtung hierzu im Wege der Ortsbaustatuten zu, in den Fällen der Art. 11 Abs. 3, Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags an die Gemeinde für die Benützung ihrer unterirdischen Wasserabzugskanäle, Art. 13 Abs. 4, Verpflichtung des Hauseigenthümers zu Herstellung von Zufahrten an die Häuser von der nächsten Ortsstraße, Art. 15, Verpflichtung der Eigenthümer zur Theilnahme an dem Aufwand für Herstellung neuer Ortsstraßen im Falle einer statutarischen Feststellung dieser Pflicht.

B. In einigen Fällen hat sodann das Gesetz, welches hierbei in der Reichsgewerbeordnung seine Ergänzung findet, ausdrücklich ein Recht des Einzelnen auf Beobachtung der baupolizeilichen Vorschriften anerkannt. Diese Fälle sind:

a) Zur Errichtung von Anlagen, welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können, ist nach dem §. 16 der Reichsgewerbeordnung, auf welchen der Art. 30 der Württ. Bauordnung einfach verweist, die Genehmigung der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörden erforderlich. Ueber die Einwendungen gegen diese in §. 16 der Reichsgewerbeordnung einzeln aufgezählten Anlagen ist, soweit sie nicht privatrechtlicher Natur und daher an den Civilrichter zu verweisen sind, nach §. 19 der Reichsgewerbeordnung „mit den Partheien vollständig“ zu verhandeln und jeder Theil, mithin nicht nur der Eigenthümer, welcher in seinem Baurecht sich gesetzwidrig beschränkt erachtet, sondern auch der Dritte, welcher Ein-

wendungen erhoben hat (§. 22 Ziff. 4 der Reichsgewerbeordnung), hat nach Maßgabe der §. 20 und 21 der Reichsgewerbeordnung und der hierüber zu erlassenden (in Württemberg allerdings bis jetzt noch fehlenden) Landesgesetze ein Rekursrecht an eine administrativrichterliche Behörde. Hiermit ist ein subjektives Recht des Dritten, solche Anlagen unter gewissen Voraussetzungen zu verhindern, von dem Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt.[15]

b) Dasselbe gilt nach Maßgabe des §. 24 der Reichsgewerbeordnung von Dampfkesseln.

Durch diese gesetzlichen Bestimmungen ist in der Hauptsache diejenige Auffassung, welche in Württemberg, wenn gleich nicht ohne gerechte Bedenken über die gesetzmäßige Grundlage schon bisher von der Praxis bei Streitigkeiten dieser Art vorzüglich an der Hand der Ministerialverfügung vom 21. September 1854 recipirt war,[16] gesetzlich festgestellt. Nur ist das Reichsgesetz insolange in Württemberg noch eine lex imperfecta, als nicht durch ein Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege die Instanzen auf zwei beschränkt sind und die Forderung des §. 21 erfüllt ist,

---

[15] Der Fall des §. 51 der Reichsgewerbeordnung, durch welchen der Verwaltungsbehörde die Befugniß eingeräumt ist, die fernere Benützung einer jeden gewerblichen Anlage wegen überwiegender Nachtheile und Gefahren für das Gemeinwohl vorbehältlich des vollen Ersatzes zu untersagen, gehört als Eingriff der öffentlichen Gewalt in ein Vermögensrecht nicht hierher. Das von der Reichsgewerbeordnung ausdrücklich anerkannte Beschwerderecht des Eigenthümers gegen ein solches Verbot (§. 51) folgt aus dem allgemeinen in der Rechtsprechung des Königl. Geheimenrathes befolgten Grundsatz und ist nur eine reichsgesetzliche Bestätigung der Richtigkeit dieses Grundsatzes. Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 191—194, S. 309, Bd. XV. S. 13—16. Nicht zu verwechseln mit dem im Texte erörterten öffentlich-rechtlichen Einspracherecht ist selbstverständlich das privatrechtliche Einspracherecht gegen Einrichtungen, durch welche materielle Stoffe (Dämpfe, Gase, Rauch, Ruß ꝛc.) auf das Grundstück des Nachbars versendet werden, worüber der Art. 65 in den nachbarrechtlichen Bestimmungen die nöthigen Normen gibt.

[16] Dieses Archiv Bd. I. S. 147—159, Bd. XIV. S. 246, 311, 312.

daß die collegiale Behörde, welche die zweite Instanz bildet, in öffentlicher Sitzung verhandelt und entscheidet.

c) Der Art. 11 Abs. 1 der Bauordnung bestimmt, daß die Gebäudebesitzer nicht befugt sind, Wasser und andere Flüssigkeiten auf die Orts- und sonstigen öffentlichen Straßen und Plätze auslaufen zu lassen, daß sie aber berechtigt sind, die zu Ableitung des Wassers bestimmten öffentlichen Einrichtungen, soweit daraus keine polizeilichen Unzuträglichkeiten entstehen, zu benützen. Da hiemit durch das Wort „berechtigt“ unzweifelhaft ein, wenn gleich durch den Zwischensatz beschränktes, Recht der Gebäudebesitzer auf Benützung der öffentlichen Einrichtungen zur Ableitung des Wassers von dem Gesetzgeber anerkannt ist, für dieses öffentliche Recht aber nach Art. 74 der Schutz des Civilrichters nicht angerufen werden kann, so unterliegt es keinem Zweifel, daß hierüber im Streitfall das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat.

IV. Ueber das Verfahren und das Beschwerderecht in Bauangelegenheiten, welche sich nicht auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen beziehen und daher nach Art. 74 Abs. 1 nicht vor den Civilrichter gehören, enthält die Bauordnung einige Bestimmungen, welche noch einer Erörterung bedürfen.

Der Art. 90 schreibt vor, daß auf das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden bei Streitigkeiten, welche unter dem Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen vom 13. November 1855 fallen, die Art. 2—17 dieses Gesetzes, bei anderen Fällen die Art. 7—10 Anwendung finden. Zugleich enthält das Gesetz einige wenige ergänzende, bezw. abändernde Bestimmungen. Die Frist des Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 von 10 Tagen zur Anmeldung und 30 Tagen zur Ausführung des Rekurses wird auf 5 und 15 Tage herabgesetzt. Ferner wird vorgeschrieben, daß alle baupolizeilichen Entscheidungen der Behörden dem Bauunternehmer und denjenigen Betheiligten, welche Einwendungen

gegen das Bauwesen erhoben haben, urkundlich zu eröffnen sind, auch dem Bauunternehmer im Falle der Genehmigung eines Bauwesens eine Urkunde darüber, sowie eine amtlich beglaubigte Ausfertigung des Bauplanes unter Aufnahme der ertheilten besonderen Vorschriften zuzustellen ist (Art. 89). Nach Art. 88 Abs. 1 werden Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur von Seiten der betheiligten Nachbarn und Behörden, sofern ihnen ordnungsmäßig zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen Gelegenheit gegeben war, für ausgeschlossen erklärt, sobald das betreffende Bauwesen endgültig gestattet worden ist. Endlich sind von der Einlegung eines Rechtsmittels die sonst Betheiligten unverweilt in Kenntniß zu setzen.

Die Anwendung dieser Vorschriften wird ergeben, daß dem Gesetze in diesem Theile eine klarere Unterscheidung der verschiedenen Fälle zu wünschen gewesen wäre.

Daß die in Art. 89 gegebenen Vorschriften auf alle Bauangelegenheiten, ohne Unterschied, ob sie bloße Verwaltungssachen, oder Verwaltungsjustizsachen sind, Anwendung finden, unterliegt keinem Anstand. Mit dem im Art. 89 gebrauchten Ausdrucke „baupolizeiliche Entscheidungen“ sind offenbar alle über Baugesuche ergangenen Verfügungen, sowohl die Erkenntnisse im administrativgerichtlichen Verfahren, als die Verwaltungsverfügungen gemeint.

Nicht so einfach liegt die Sache bei Art. 90 und Art. 88 Abs. 1. Der Art. 90 unterscheidet zwischen Streitigkeiten, die unter den Art. 1 des Gesetzes von 1855 fallen und anderen Fällen. Da aber diese anderen Fälle nicht näher bezeichnet werden, so entsteht der Zweifel, ob die Bestimmung, wonach auf dieselben die Art. 7—10 des Gesetzes von 1855 Anwendung finden sollen, auch auf solche Beschwerden zu beziehen ist, welche nur Verwaltungsbeschwerden sind, welche nicht die Wahrung eines subjektiven Rechtes, sondern nur die Aufrechterhaltung des Gesetzes zum Gegenstand haben, d. h. welche zwar in Anwendung des §. 36 der Verfassungs-Urkunde bis an das Ministerium

des Innern, nicht aber nach der constanten Rechtsprechung des Königl. Geheimenrathes in Anwendung des §. 60 Ziff 1 der Verfassungs-Urkunde auch an diese höchste Administrativjustizbehörde gebracht werden können.

Im Falle der Bejahung dieser Frage drängen sich erhebliche Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit und Richtigkeit einer solchen Bestimmung auf. Es ist hiernach beispielsweise die Beschwerde eines Nachbars, daß in einer die baupolizeiliche Erlaubniß zu einem bestimmten Bauwesen aussprechenden Verfügung die gesetzlichen Vorschriften über die im Interesse der Feuersicherheit nöthigen Einrichtungen nicht beobachtet seien, nach Ablauf der Frist von 5 und 15 Tagen formell ausgeschlossen, d. h. die höhere Behörde hätte keinen Grund, die Richtigkeit dieser Beschwerde materiell zu prüfen. Nun ist der Ausschluß der Beschwerde durch Ablauf einer Frist unzweifelhaft ganz begründet, wenn die Beschwerde die Verfolgung eines subjektiven Rechts ist. In diesem Falle ist es gerechtfertigt, in der Unterlassung der rechtzeitigen Erhebung der Beschwerde den Verzicht auf die Rechtsverfolgung zu sehen und dieselbe später im Widerspruch hiemit nicht zuzulassen, wie in dem Rechtsmittelgesetz von 1855 für die unter Art. 1 Abs. 1 desselben fallenden Verwaltungsstreitigkeiten geschehen ist. Wenn es sich aber um eine Beschwerde handelt, welche ihrer rechtlichen Natur nach lediglich die Hinweisung der höhern Behörde auf ein ungesetzliches Verfahren der untern Behörde, die Denuntiation einer Thatsache ist, welche die höhere Behörde vermöge des Oberaufsichtsrechts im öffentlichen Interesse von Amtswegen zu korrigiren berechtigt und sogar verpflichtet sein sollte, so muß jener Ausschluß durch den Fristenablauf, welcher ein ganz neues Prinzip einführt, immerhin bedenklich erscheinen. Gleichwohl ist nach den ständischen Verhandlungen und nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu bezweifeln, daß der Art. 90 und Art. 88 Abs. 1 nicht nur auf die Beschwerden in Verwaltungsjustizsachen, d. h. nach dem Obigen auf solche Beschwerden, deren Gegenstand die Verfolgung

eines subjektiven Rechts ist, auf die Beschwerden in den oben Nr. 3 und 5 bezeichneten Fällen, sondern auch auf Verwaltungsbeschwerden Anwendung findet. Beide Gesetzesbestimmungen stehen in einem wesentlichen Zusammenhang.

Zu Art. 90 Abs. 1 des Entwurfs, welcher gleichlautend mit der einzigen Abänderung, daß statt des Wortes „zulässig" des Entwurfs „endgültig" gesetzt wurde, als Art. 88 Abs. 1 im Gesetze sich findet, hat der Bericht der Kammer der Abgeordneten folgendes bemerkt:

„Die nicht privatrechtlichen Einwendungen faßt der Abs. 1 des Art. 90 (des Entwurfs, jetzt Art. 88 Abs. 1) ins Auge und finden auf sie die in Art. 92 (jetzt Art. 90) bezüglich des Verfahrens und der Fristen gegebenen Bestimmungen Anwendung. Handelt es sich nämlich um Ansprüche, welche sich auf das öffentliche Recht gründen, also unter den Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Rechtsmittel vom 13. Nov. 1855 fallen, so sollen die Art. 2 bis 17 dieses Gesetzes, in andern Fällen, wo der Nachbar nur ein Interesse verfolgt, die Art. 7—10 des genannten Gesetzes übrigens mit abgekürzten Fristen zur Anwendung zu bringen sein."

Wenn der Bericht hiernach davon auszugehen scheint, daß jede Beschwerde, welche ein Individualrecht verfolgt, unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 falle, so kann der Verfasser dieß nicht für richtig halten. Der Eigenthümer, welcher sich wegen verweigerter Bauerlaubniß beschwert, verfolgt unzweifelhaft ein Recht, sein Recht zu bauen, einen „Anspruch." Wenn aber die Bauerlaubniß, was sehr häufig der Fall sein kann, von der Baupolizeibehörde unter Berufung auf eine baupolizeiliche Vorschrift von Amtswegen, ohne daß irgend eine Einwendung von Seiten eines Nachbars erhoben wurde, verweigert wird, so liegt ganz unzweifelhaft in der Beschwerde die Verfolgung eines rechtlichen Anspruches, ohne daß die Beschwerde unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fällt, da es an dem Erforderniß zweier einander gegenüber stehenden Partheien

fehlt. Richtig ist jener Satz des Berichtes nur in der Beschränkung auf die Beschwerde des Nachbars, welcher Einwendungen gegen das Bauwesen erhoben hat; denn wo von diesem Beschwerde erhoben wird, steht ihm stets in der Person des Baulustigen eine Parthei gegenüber. Von der Unterstellung unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 kann aber nur dann die Rede sein, wenn der widersprechende Nachbar nicht bloß ein Interesse, sondern einen rechtlichen Anspruch verfolgt, was nach dem oben Ausgeführten nur in den oben unter B. lit. a und b bezeichneten Fällen zutrifft. Allein auch in dieser Beschränkung der erwähnten Bemerkung im Kommissionsbericht geht aus derselben immerhin die klare Absicht der Kommission hervor, daß der Art. 90 des Gesetzes (Art. 92 des Entwurfes) nicht nur auf die Administrativjustizsachen, mögen sie unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallen, oder nicht, sondern auch auf Verwaltungsbeschwerden Anwendung finde, d. h. daß auch auf Beschwerden, welche nur die Verfolgung eines Interesses zum Gegenstand haben, die Art. 7 bis 10 des Gesetzes von 1855 Anwendung zu finden haben.

Aus dem Grundsatz, daß alle Einwendungen nach endgültiger Genehmigung, d. h. wenn die Genehmigung von der letzten Instanz ausgesprochen ist oder die Fristen für die Beschwerden abgelaufen sind, für ausgeschlossen erklärt werden, folgte sodann unmittelbar die Unmöglichkeit, ein auf Grund der ertheilten Bauerlaubniß und dieser gemäß ausgeführtes Bauwesen selbst dann, wenn es offenbar dem Gesetze zuwider ist, nachträglich anzufechten und abzuändern, was die gesetzgebenden Faktoren durch Nichtannahme eines die nachträgliche Korrektion durch das Ministerium des Innern ermöglichenden Antrages der Kommissionen beider Kammern aussprachen. Wenn je im Hinblick auf das oben ausgesprochene Bedenken über diese Auffassung des Art. 90 und 88 Abs. 1 noch ein Zweifel sein sollte, so wird dieser durch die Ablehnung dieses Vorschlages beseitigt.

Endlich geht dieß auch aus der Fassung des Gesetzes hervor. Der Art. 90 spricht ganz allgemein von „dem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden," unter welchen das Gesetz nach Art. 74 Abs. 2 sowohl die Polizei- als die Verwaltungsjustizstellen versteht.

Das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen über das Verfahren, insbesondere das Verfahren bei Beschwerden, läßt sich hiernach in folgendem zusammenfassen:

1) Der Eigenthümer, welcher sich durch eine baupolizeiliche Verfügung in seinem Recht zu bauen, im Widerspruch mit dem Gesetz beschränkt erachtet, oder welcher sich in seinen ihm durch Art. 11 Abs. 1 der Bauordnung eingeräumten Rechte verletzt glaubt (oben Nr. 5 lit. B. c.) oder welchem eine der oben unter Nr. 5 A. lit. b. bezeichneten Leistungen auferlegt ist, zu welcher verpflichtet zu sein er bestreitet, ebenso die Gemeinde in den unter Nr. 5 A. lit. a. bezeichneten Fällen, endlich die Nachbarn in den Fällen Nr. 5 lit. B. a. und b., haben ein Beschwerderecht bis an den Königl. Geheimenrath als oberste Verwaltungsjustizbehörde.

2) Auf diese Beschwerden findet das Gesetz vom 13. November 1855 betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 1 dieses Gesetzes dann Anwendung, wenn sich zwei Partheien gegenüber stehen. Dieß trifft aber im eigentlichen Sinne nur dann zu, wenn jede der Partheien, deren Eine stets der baulustige Eigenthümer sein wird, nicht nur ein Interesse, sondern ein Recht verfolgt.

3) In allen nicht unter Z. 1 genannten Fällen hat jeder Betheiligte ein Recht der Beschwerde in Anwendung des §. 36 der Verfassungs-Urkunde, nicht des §. 60 Ziff. 1 der Verfassungs-Urkunde, d. h. die Beschwerde kann bis zu dem Königl. Ministerium des Innern verfolgt werden. Eine weitere Beschwerde an den Königl. Geheimenrath ist jedoch nicht zulässig.

4) In allen Bausachen, ohne Unterschied der in Ziff 1 bis 3 bezeichneten Fälle, sind vor der Erlassung der Ver-

fügung sämmtliche betheiligten Nachbarn und Behörden zu vernehmen (Art. 86).

5) Alle baupolizeilichen Verfügungen der Behörden sind dem Bauunternehmer und denjenigen Betheiligten, welche Einwendungen gegen das Bauwesen erhoben haben, und zwar in Anwendung des Art. 10 des Gesetzes von 1855 unter Rekursbelehrung zu eröffnen. Die Nothwendigkeit der Rekursbelehrung ist fortan nicht auf die Partheienstreitigkeiten des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 beschränkt.

6) Jede Beschwerde, sowohl in den unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes fallenden Partheienstreitigkeiten, als in anderen Fällen, also auch eine Verwaltungsbeschwerde, ist unter den Voraussetzungen des Art. 86 an die Fristen von 5 und 15 Tagen gebunden.

7) Nach Ablauf dieser Fristen kann eine ergangene Bauverfügung weder durch neue Einreden noch durch Beschwerde angefochten noch von Amtswegen abgeändert werden, außer in den Fällen des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Nichtigkeitsbeschwerde in Anwendung der Art. 12 und 13 dieses Gesetzes.

8) Von der Einlegung eines Rechtsmittels sind die sonst Betheiligten unverweilt in Kenntniß zu setzen.

Es sind hiermit für Beschwerden, welche nicht unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallen, neue Grundsätze eingeführt, welche theilweise der inneren Begründung zu entbehren scheinen.

Man kann zugeben, daß der Bauunternehmer gegen eine spätere ihn vermögensrechtlich benachtheiligende Abänderung der einmal ergangenen Bauverfügung geschützt werden mußte. Allein daß dieser Schutz durch die Anerkennung einer formellen Rechtskraft der ergangenen polizeilichen Verfügung ohne jede Möglichkeit einer polizeilichen Correktion und ohne Unterschied, ob mit der Ausführung schon begonnen war oder nicht, gewährt wurde, scheint, wie

schön oben bemerkt, zu weit zu gehen. Indem man nicht einmal die Anfechtung einer solchen Verfügung durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Nichtigkeitserklärung unter den Voraussetzungen der Art. 12 und 13 des Gesetzes von 1855 zuließ, da diese Artikel nur auf Verwaltungsstreitigkeiten im Sinn des Art. 1 Abs. 1 Anwendung finden, ist diese formelle Rechtskraft noch wirksamer, als in eigentlichen Verwaltungsstreitigkeiten, was jede Folgerichtigkeit vermissen läßt. Warum ferner auch der Eigenthümer in Fällen, in welchen ihm keine Parthei gegenüber steht, wie dieß aus der allgemeinen Fassung des Art. 90 folgt, mit einer Beschwerde gegen eine ihn ohne gesetzliche Berechtigung in seinem Baurecht beschränkende Polizeiverfügung nach Ablauf der kurzen Fristen von 5 und 15 Tagen ausgeschlossen sein solle, ist nicht einzusehen. Bisher bestand eine solche formelle Beschränkung nicht und dieß war unzweifelhaft den Verhältnissen entsprechender. Es wäre keinerlei Interesse gefährdet gewesen, wenn man das Beschwerderecht des Eigenthümers außer den Fällen der unter Art. 1 Abs. 1 fallenden Partheienstreitigkeiten von jeder Beschränkung durch eine Frist freigelassen hätte. Ohnehin hat der Eigenthümer, was allerdings in der Ausführung der fraglichen Bestimmung ihre Unbilligkeit zu beseitigen geeignet ist, aber eben deßhalb gegen ihre Zweckmäßigkeit spricht, hinreichende Mittel, dieselbe zu umgehen. Er kann dieß, indem er ein neues Baugesuch mit unwesentlichen Abänderungen einreicht. Außerdem wirkt die neue formelle Rechtskraft ohnehin nur auf zwei Jahre. Denn da nach zwei Jahren zufolge des Art. 91, wenn binnen dieser Zeit das als zulässig erkannte Bauwesen nicht in Angriff genommen wird, „das betreffende polizeiliche Erkenntniß" außer Wirkung tritt, so kann der Eigenthümer nach Ablauf dieser Frist sein früheres Gesuch wiederholen und alsdann beginnt die Frist aufs Neue zu laufen.

Die eben erwähnte Bestimmung des Art. 91 giebt

sodann zu einem weiteren Bedenken Anlaß. Es fragt sich, ob diese Bestimmung, welche das „polizeiliche Erkenntniß" außer Wirksamkeit setzt, wenn mit dem Bau binnen 2 Jahren nicht begonnen wurde, auch auf die Entscheidungen in den unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallenden Baustreitigkeiten Anwendung findet. Dieß würde mit dem Begriff der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen durchaus unvereinbar und wird daher unbedenklich zu verneinen sein. Auch hat hierauf das Gesetz, indem es nur von dem polizeilichen Erkenntniß spricht, hingewiesen. Allein um so wünschenswerther wäre es gewesen, wenn das Gesetz im Hinblick auf die bekannte Schwierigkeit, zu bestimmen, welche Fälle unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallen, diese Fälle bezeichnet hätte, was nach dem Ausgeführten noch den weiteren Vortheil gehabt hätte, daß der Gesetzgeber selbst darüber, in wie weit durch baupolizeiliche Vorschriften auch Individualrechte begründet werden, sich auszusprechen veranlaßt gewesen wäre, während dieß nunmehr der Rechtsanwendung allein überlassen ist.

Wenn übrigens auch die processualischen Gesetzesbestimmungen hiernach zu einzelnen Bedenken und Ausstellungen Anlaß geben, so ist doch zu hoffen, daß sich dieß in der Rechtsanwendung, wenn dieselbe einmal durch Präjudizien festgestellt sein wird, nicht sehr fühlbar macht.

Zur Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsjustizbehörden bei Streitigkeiten über Schafweiderechte.[1] Wen trifft bei Ansprüchen auf Weidefreiheit die Beweislast? Rechtsfall.

(Von Herrn Rechtskonsulent Klinger in Calw.)

In der Gemeinde C., Oberamts C., kam bei Gelegenheit der Schafweideverpachtung im Jahr 1866 zur Sprache,

[1] Vgl. dieses Archiv IV. S. 186 u. f., VI. S. 367, IX. S. 422 u. f., XV. S. 59.

daß der Besitzer des unteren innerhalb der Markung liegenden Bades die Beweidung der zum Bade gehörigen Wiesen durch den Gemeindeschäfer nicht dulden wolle. Es wurde ihm deßhalb vom Gemeinderath eröffnet, daß auch fernerhin der Schäfer das Gut des unteren Bades mit Ausnahme der Anlagen und Gärten befahren dürfe, bis der Besitzer desselben nachweise, daß das Badgut weidfrei sei. Der Besitzer dieses Gutes erhob sofort Klage bei dem Oberamtsgericht C. auf Schutz im Besitze seines ihm zustehenden exceptionellen Rechtes der Weidefreiheit, ließ jedoch sein Gesuch um Erlassung einer provisorischen Verfügung, überhaupt seine Klage bei Oberamtsgericht wieder fallen, nachdem das Letztere darauf aufmerksam gemacht hatte, daß ein (privatrechtlicher) Besitz nur in privatrechtlichen Verhältnissen stattfinde, und Kläger eine auf privatrechtlichem Grunde beruhende Freiheit von einer öffentlich-rechtlichen Weidedienstbarkeit zwar behauptet, aber nicht bescheinigt habe. Derselbe wandte sich nunmehr an das Königl. Oberamt um eine Entscheidung dahin, daß der Gemeinde das Schafweiderecht auf dem fraglichen Badgute insbesondere wegen seiner Eigenschaft als eines sog. Banngutes nicht zustehe, und stellte die weitere Behauptung auf, die Gemeinde habe den Beweis der Ausdehnung des Gemeindeschafweiderechts auch auf das Gut des Klägers zu beweisen. Er machte eventuell geltend, daß das Weiderecht der Gemeinde durch nonusus binnen der Verjährungsfrist von 10 Jahren, eventuell 30 Jahren, erloschen sei. Die Gemeinde dagegen schob dem Kläger die Beweislast wegen seines in Anspruch genommenen exceptionellen Rechts der Weidefreiheit zu. Nachdem 10 Zeugen darüber, ob das klägerische Gut innerhalb einer Reihe von Jahren durch den Gemeindeschäfer beweidet oder nicht beweidet worden sei, vernommen waren, deren Vernehmung jedoch kein sicheres Resultat ergab, fällte das Königl. Oberamt unterm 15. Juni 1867 das Erkenntniß dahingehend, daß der Kläger mit seinem Anspruch auf die Freiheit des unteren Badgutes von dem Schaf-

weiderecht der Gemeinde abzuweisen sei. Dasselbe begründete seine Competenz damit, daß das Weiderecht der Gemeinde seinen rechtlichen Grund in dem Gemeinde- und Markungsverband habe, sonach als ein öffentlich-rechtliches Verhältniß zu betrachten sei und als solches, so lange nicht eigentliche privatrechtliche Titel ins Spiel kommen, was im vorliegenden Falle nicht zutreffe, der Cognition der Verwaltungsbehörden zu unterstellen sei und entschied, daß der Kläger die für sein Gut in Anspruch genommene Weidefreiheit als einen Ausnahmezustand gegenüber dem seinem Wesen nach auf sämmtliche Grundstücke der Markung sich erstreckenden Weiderecht der Gemeinde zu beweisen habe. Sodann wurde des Weiteren ausgeführt, daß dieser Beweis dem Kläger nicht gelungen sei. — Auf die hiegegen erhobene Beschwerde entschied die Königl. Kreisregierung des Schwarzwaldkreises unter dem 3. März 1868 dahin, daß die Gemeinde C. nicht berechtigt sei, die im Streit befangenen Grundstücke des Klägers auf Grund eines öffentlich rechtlichen Titels der Schafweide zu unterwerfen und ging dabei von folgenden Betrachtungen aus:

Die Weide sei ihrer regelmäßigen Erscheinung nach, was unbestritten sei, ein privatrechtliches Verhältniß, daneben werde aber angenommen, daß es gleichwohl in Württemberg Weiden gebe, die einen öffentlich-rechtlichen Entstehungsgrund haben und zwar werde solches angenommen in Fällen, wo eine Gemeinde das berechtigte Subjekt sei, die Weide innerhalb der Gemeindemarkungsgrenzen bestehe und neben den Gemeindegründen, oder auch ohne solche, über Sondergüter sich erstrecke. Damit sei aber nicht gesagt, daß alle Weiderechte der Gemeinden innerhalb der Markung öffentlich-rechtliche Weiden seien; es gebe kein Gesetz, welches die Gemeinden als auf den Markungsgütern weideberechtigt erkläre, noch ein Gesetz, welches ausspräche, daß die Gemeindeweiden innerhalb der Markung, wo solche vorkommen, als aus öffentlich-rechtlichen Gründen hervorgegangen, zu vermuthen seien, noch gebe es ein all-

gemeines Gewohnheitsrecht solchen Inhalts; es gebe sogar viele Fälle, wo der privatrechtliche Titel von Weiderechten der Gemeinden ganz bestimmt nachgewiesen werden könne. Es bleibe also auch gegenüber den Gemeindeweiderechten der Satz bestehen, daß die Weide ihrer regelmäßigen rechtlichen Erscheinung nach ein Privatrechtsverhältniß sei, woraus dann folge, daß, wenn solches im einzelnen Fall nicht anerkannt werde, vor Allem der öffentlich-rechtliche Titel nachgewiesen werden müsse. Wenn nun auch im vorliegenden Falle der Kläger seine zuerst beim Civilrichter angebrachte Klage zurückgezogen und beim Oberamt angebracht, und wenn nun die Beklagte auf diese an das Oberamt gebrachte Klage sich eingelassen habe, so sei damit zwar kundgethan, daß die Partheien die Administrativjustizbehörde als die für den gegebenen Fall zuständige Stelle angesehen haben, aber der Grund dafür, die öffentlich-rechtliche Natur des bestrittenen Rechtes, sei damit allein noch nicht entfernt bescheinigt, und der Nachweis der öffentlich-rechtlichen Natur des vor die Verwaltungsbehörde gebrachten Streits sei durch das von der Gemeinde Vorgebrachte nicht als geliefert anzunehmen. Sie behaupte vermöge Gesetzes, Herkommens und laut vorliegender Urkunden auf allen nicht besonders ausgenommenen Gütern der Markung weideberechtigt zu sein und nehme ferner Bezug auf Präjudizien. Allein ein Gesetz, welches hiezu berechtige, bestehe gar nicht, das Herkommen aber, welches der Kläger nicht bestreite, und in dessen Existenz derselbe seinerseits den öffentlichen Charakter des Rechtes zu finden scheine, beweise an sich nur das Dasein des Rechtes, nicht seinen Gattungsbegriff als öffentliches Recht, da ja das Herkommen nicht blos im öffentlichen, sondern auch im Privatrechte gelte, und es hätte also dargethan werden müssen, daß und inwiefern das Herkommen im vorliegenden Falle bezeichnende Merkmale gerade des öffentlichen Rechtes enthalte. Die Urkunden, auf welche sich berufen werde, seien das im Jahr 1865 angelegte, von den bürgerlichen Colle-

gien als richtig beurkundete sog. Grundbuch, welches S. 118b sage: „Die Schafweide auf der hiesigen Markung steht herkömmlich der Stadtgemeinde zu," und das im Jahr 1861 errichtete Servitutenbuch, welches S. 61 enthalte: „der Stadtgemeinde C. steht ein Winterschafweidrecht zu auf sämmtlichen Gütern der Markung mit Ausnahme der Waldungen, Gärten und sog. Baufelder von Martini bis 1. April."

Indem aber diese übrigens von den betheiligten Grundbesitzern an den betreffenden Stellen nicht ausdrücklich anerkannten Bücher das unter den Partheien an und für sich gar nicht bestrittene herkömmliche Weiderecht in der angegebenen Weise beschreiben, so enthalten sie darin doch nicht zugleich etwas über die öffentlich-rechtliche Eigenschaft desselben, namentlich sei mit der Bezeichnung „auf der Markung" nur der räumliche Umfang der Weideberechtigung, nicht auch deren rechtliche Natur dargethan; haben doch selbst andere, als Gemeinden, Weiderechte über die Güter bestimmter Markungen. Endlich besagen auch die von dem Anwalte der Gemeinde angerufenen Präjudizien (im 4., 6. und 9. Band dieses Archivs) nur, daß es Kommunweiderechte öffentlich-rechtlicher Kategorie gebe, wenn sie nämlich ein Ausfluß des Markungsverbandes seien, nicht aber, daß alle Weiderechte der Kommune jedesmal dieser Kategorie angehören.

Die Kreisregierung kommt, nachdem sie noch einige Momente geltend macht, welche sogar gegen die Annahme der öffentlich-rechtlichen Natur des vorliegenden Gemeindeschafweidrechts sprechen sollen und welche hier näher zu erwähnen überflüssig sein wird, sonach zu dem Resultat, daß ein öffentlich-rechtlicher Titel des von der Administrativbehörde erhobenen Anspruchs nicht dargethan sei, und daraus ergebe sich von selbst, daß in die gegenwärtige Entscheidung ein lediglich von jener Vorfrage abhängiges Urtheil darüber nicht aufzunehmen sei, ob der von der Gemeinde

gegen den Kläger erhobene Anspruch selbst bewiesen sei oder nicht.

Die Kreisregierung fügt aber doch noch ihre Ansicht hinsichtlich der Frage wegen der Beweislast bei, welche dahin geht, daß, wenn ein öffentlich-rechtlicher Titel des Anspruchs vorgelegen wäre, auf die negatorische Klage des Badgutinhabers die Beweislast der beklagten Gemeinde obgelegen sein würde, sofern das Eigenthum des Klägers an den Grundstücken, in Beziehung auf welche die Weide angesprochen werde, gar nicht bestritten sei, und sonach der Gemeinde auch bezüglich der öffentlich-rechtlichen Natur des von ihr erhobenen Anspruchs die Rolle des Beweispflichtigen zuzuweisen gewesen wäre.

Gegenüber dieser Entscheidung der Königl. Kreisregierung machte die Gemeinde E. in ihrer Beschwerde an das Königl. Ministerium des Innern insbesondere auf die Folgen aufmerksam, welche diese mit allen bisherigen Anschauungen über die Natur der Gemeindeschafweide sich in Widerspruch setzende Ansicht haben würde, daß nämlich die wenigsten Gemeinden speziellere, auf die rechtliche Natur insbesondere, sich näher einlassende Einträge in den öffentlichen Büchern werden aufweisen können, als diejenigen, welche die Gemeinde E. produzirt hat, und daß es den Gemeinden äußerst schwer fallen würde, die Ausübung des Schafweiderechts auf den einzelnen Parzellen ihrer Markung durch Zeugen zu beweisen, daß bei dieser Ansicht, wo jeder Güterbesitzer unter Beziehung auf sein Eigenthum vollständigen juristischen Servitutenbeweis wegen des Beweidungsrechts von den Gemeinden verlangen könnte, diese Kommunweidrechte in ihrem ganzen bisherigen Bestande erschüttert werden könnten.

Das Königl. Ministerium des Innern hob denn auch die Entscheidung der Kreisregierung unter Herstellung derjenigen des Oberamts wieder auf, von folgenden Erwägungen ausgehend:

Die in Württemberg vorkommenden Gemeindeweiden,

bei welchen eine privatrechtliche Entstehung nicht nachgewiesen werden könne, bei welchen vermöge der langen Dauer ihres Bestandes die Art ihres Ursprungs überhaupt nicht mehr erkennbar sei, die aber stets als Rechte der Gesammtheit der Bürger einer Gemeinde nur von dem Willen der letzteren oder deren Organen abhängig gewesen seien und durch diese im Interesse der Gesammtheit, unabhängig von der Beistimmung der einzelnen Grundeigenthümer, die manchfachsten Umwandlungen und Gestaltungen erhalten haben, seien nach der übereinstimmenden Ansicht der Gerichts- und Verwaltungsbehörden als Gegenstände des öffentlichen Rechts um so mehr anzusehen, als der Fortbestand dieser Einrichtungen sowohl im Hinblick auf die Einnahmen, welche sich daraus für die Gemeindekassen ergeben, als mit Rücksicht darauf, daß sie mittelst des Pferchs ein sehr beachtenswerthes Kulturmittel bilden, mit dem Wohlstande der Gemeinden und der einzelnen Glieder derselben auf's Engste zusammenhänge. Wohl werden die Gemeindeweiden mit dem Markungsbestande der Gemeinden in den meisten Fällen in sehr naher Beziehung stehen, es werde sich aber deren Hervorgehen aus dem Markungsverbande in der Regel so wenig behaupten lassen, als etwa behauptet werden könnte, daß der Markungsumfang aus dem öfters noch früher vorhanden gewesenen Weide-Genossenschaftsverbande hervorgegangen sei. Die Gesetze sprechen sich zwar über die Entstehung oder Schaffung von Gemeindeweide-Einrichtungen nicht aus, haben aber deren Bestand als öffentliche Institute unzweifelhaft vorausgesetzt,[2] indem sonst die weitgreifende Einwirkung der verwaltenden Organe auf die Gestaltung derselben ohne Beistimmung der hiebei betheiligten Grundeigenthümer, welche auch in der neuesten Zeit noch für zulässig erachtet worden sei, nicht hätte für statthaft erachtet werden können.

---

[2] Vergl. Landesordnung von 1621 Tit. 82, Kommunordnung 3. Cap. Abschnitt 5 und 6.

Diese für ein öffentlich-rechtliches Verhältniß sprechenden Umstände treffen nun auch bei der Schafweide in C. durchaus zu. Die Weidgangsbeschreibung von 1717 und 1718 stelle das Weiderecht als eine seit Jahrhunderten bestehende, zum Nutzen der gemeinen Bürgerschaft bestehende Einrichtung, dar, welche früher eine weit größere Ausdehnung gehabt habe, als gegenwärtig, jedoch der steten Einwirkung der Gemeindeobrigkeit unterlegen sei. Hiernach könne man darüber nicht im Zweifel sein, daß das Weiderecht der Gemeinde C. zu den öffentlich-rechtlichen Gemeindeweidebefugnissen zu zählen sei, über deren Bestand und Ausdehnung die Verwaltungsbehörden und nicht die Civilgerichte zu erkennen haben.

Was sodann den Umfang des Schafweiderechts der Gemeinde C. betreffe, so besage der (schon oben citirte) Eintrag im Servitutenbuch, daß der Gemeinde ein Winterschafweiderecht auf sämmtlichen Gütern der Markung, mit Ausnahme der Waldungen, Gärten und der sog. Banngüter zustehe, und habe Kläger den Beweis seiner Behauptung, daß sein Gut ein Banngut sei, zu führen.

Das Königl. Ministerium begründet nun des Nähern, daß dieser Beweis nicht erbracht worden sei und fügt dann noch hinzu, wenn der Inhaber des unteren Bades der Ansicht sei, daß Letzteres jedenfalls durch Verjährung von der Weidepflicht gegenüber der Gemeinde frei geworden wäre, so sei hiegegen zu bemerken, daß abgesehen von der Frage, ob die Grundsätze über erlöschende Verjährung von Servituten durch bloßen Nichtgebrauch auf öffentliche Gemeindeweiderechte überhaupt Anwendung finden, ein Nichtgebrauch des Gemeindeschafweiderechts in C. überhaupt nicht vorliege, indem solches mittelst Verpachtung stets gebraucht und vom Inhaber des unteren Bades durch Erwerbung des Pferchs auch häufig mitbenützt worden sei, der Umstand aber, daß einzelne Grundstücke vom Gemeindeschafweidepächter kürzere oder längere Zeit mit der Weideheerde

nicht betreten worden seien, das Weiderecht der Gemeinde in keinem Falle beeinträchtigen könne.

Der Königl. Geheimerath bestätigte dieses Erkenntniß unterm 20. Februar 1869 unter ausdrücklicher Hinweisung auf die Entscheidungsgründe des Königl. Ministeriums, indem noch neben einigen spezielleren Punkten besonders hervorgehoben wurde, daß von Seiten des Klägers, der seinen Anspruch auf Freilassung seines Badgutes von der Gemeindeschafweide von Anfang an auf das öffentliche Recht gestützt habe, lediglich Nichts beigebracht worden sei, wonach der Gemeindeschafweide in C. gegen die in den alten Landestheilen weitaus vorherrschende Regel — der Charakter einer auf den Vortheil der Gemeindewirthschaft berechneten und auf entsprechenden Anordnungen der Gemeindeorgane beruhenden öffentlichen Einrichtung abzusprechen wäre, daß vielmehr schon die vom Kläger selbst angerufene Weidebeschreibung von 1718 die „gemeine Bürgerschaft" einschließlich der auf beiden Bädern Angesessenen zur Benützung der Weide nach den Anordnungen der Ortsbehörden berufe, daß sodann endlich Rekurrent seine Behauptung, es komme den zu seinem Badgut gehörigen Wiesen die Eigenschaft eines Bannfeldes zu, lediglich nicht zu beweisen vermocht habe, und auch der Beweis einer durch Verjährung begründeten Weidefreiheit des unteren Bades nicht erbracht sei.

Rechtliche Bedeutung des Ausdruckes „Kirchensatz" in den Lagerbüchern.

Auszug aus einer Note der Königl. Archiv-Direktion an die Königl. Oberfinanzkammer, Abtheilung für Domänen, vom 23. Mai 1854.

Wenn endlich 4) von uns noch eine Aeußerung über die Bedeutung des Wortes „Kirchensatz" gewünscht wird, da in einem Lagerbuche gesagt werde, die Herrschaft Württemberg sei Inhaberin des ganzen Kirchensatzes, der

Kastvogtei, auch des jus patronatus und advocatiae zu Schönaich, wenn insbesondere die Frage aufgeworfen wird, ob nicht der gleiche Eintrag über den Kirchensatz eines Orts auch anderwärts vorkomme, und ob ein solcher Eintrag ein Privateigenthum der Herrschaft am Kirchenvermögen oder eine Einverleibung desselben mittelst Inkorporation oder dergleichen, oder nicht vielmehr das aus der Hoheitsgewalt entsprungene Verfügungsrecht über das Kirchenvermögen beweise, so beehren wir uns, hierauf Folgendes zu erwiedern:

Einträge der bezeichneten Art finden sich in den im Königl. Staats-Archive verwahrten Lagerbüchern, wortgetreu, sehr häufig und dem Sinne nach gleichlautend, fast regelmäßig und selbst bei Orten, wo der Herrschaft Würtemberg keine Zehntrechte zustunden.

Eine Beweisstelle dafür, daß das Recht des Kirchensatzes ein aus der *Hoheitsgewalt* entsprungenes Verfügungsrecht über das Kirchenvermögen sei, vermöchten wir aus diesen Lagerbüchern nicht aufzufinden, auf der andern Seite aber liegt auch lediglich kein genügender Grund vor, den Besitz des Kirchensatzes für identisch zu nehmen mit der Einverleibung und dem nutzbaren Innehaben von Kirchenvermögen. Kirchensatz hieß ursprünglich das Stiftungsgut einer Kirche, und den Kirchensatz innehaben, hieß die Rechte besitzen, welche dem Stifter einer Kirche zukommen. Der Inbegriff dieser Rechte, gleichfalls „Kirchensatz" genannt, und in den älteren Urkunden oft mit jus patronatus übersetzt, war in den frühesten Zeiten in der Regel mit dem Besitz eines Grundstückes verbunden und mit diesem den Wechseln des Privatverkehrs unterworfen, und es finden sich daher nicht selten Urkunden, nach welchen Grundstücke verkauft wurden *mit dem Kirchensatz, der in dieselben gehöre*. In den älteren kürzeren Urkunden werden die einzelnen Ausflüsse dieses Rechtes in der Regel nicht ausgeschieden, und ist in solchen im Allgemeinen nur von dem Kirchensatz oder dem

jus patronatus die Rede, während in späterer Zeit und besonders in den Lagerbüchern die einzelnen Beziehungen, in welchen die Rechte des Kirchensatzes von Wirkung waren, mehr und mehr unterschieden wurden. Zum Verständniß der Bedeutung, welche dem Worte „Kirchensatz" in den Lagerbüchern beigelegt werden sollte, in welchen dieses Recht als ein neben dem Patronatrecht bestehendes Recht aufgeführt wird, dürfte insbesondere die Rubrik dienen, unter welcher die fraglichen Einträge fast immer aufgeführt werden, die Rubrik: „Geistliche Lehenschaft" oder Lehenschaft der Kirche ꝛc.

Nach Analogie des, in früheren Zeiten, weit allgemeineren Lehenrechtes, wurde derjenige, welchem die Rechte eines Stifters der Kirche zukamen, als Lehensherr derselben betrachtet, und als ein Ausfluß dieses lehenherrlichen Rechtes nicht blos das Recht, die Pfründe nach kanonischen Regeln zu vergaben, jus patronatus in specie, sondern auch ein Obereigenthumsrecht über das Vermögen der Pfründe, welches der begabte Pfründner zu nießen hatte, betrachtet und dieses Recht dürften die Verfasser der betreffenden Lagerbücher im Auge gehabt haben, wenn sie unter der Rubrik: Geistliche Lehenschaft oder Lehenschaft der Kirche, das Recht des Kirchensatzes neben dem Patronatrecht aufführten. Ein Recht des Lehenherrn der Kirche, Kirchenvermögen in seinen Nutzen zu verwenden, folgte aus diesem Rechte des Kirchensatzes nicht, so wenig als der Lehenherr einem Vasallen willkührlich das nutzbare Eigenthum entziehen konnte, wenn es auch hie und da vorgekommen sein mag, daß der Inhaber des Kirchensatzes z. B. bei Pfründeverleihungen im Vertragsweg durch Abfindung mit dem Inhaber einer Pfründe oder auch per nefas unter Duldung des Pfründeberechtigten, Theile des kirchlichen Vermögens zu seiner Privatnutzung herbeizog, und es wäre daher eine nicht gerechtfertigte Verwechslung, wenn man den Besitz des Kirchensatzes an und für sich und ohne

Nebenbestimmung identisch nehmen wollte mit Nutzung von Kirchenvermögen.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung der Civilgerichte.

1) Der Vermiether hat zur Sicherung der aus dem Miethverhältniß erwachsenen Forderungen an den vom Miether eingebrachten Sachen kein Zurückbehaltungsrecht.

Die wesentliche Voraussetzung jedes Retentionsrechts, die Detention der zurückbehaltenen Sache trifft bezüglich der erwähnten Sachen beim Vermiether als solchem nicht zu, um so weniger, wenn er, wie hier, nicht einmal Mitbewohner desselben Hauses ist. Der Vermiether müßte sich also, um retiniren zu können, den Besitz jener Sachen erst verschaffen.

Nach den von der neueren Praxis befolgten Grundsätzen über Besitzentsetzung aber[1] begründet jede ohne Rechtsgrund und gegen den erklärten Willen des Inhabers, selbst ohne physische Gewalt, geschehene Besitzentziehung die Verpflichtung zur Rückgabe der entzogenen Sachen und zwar ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Beklagten, also auch dann, wenn derselbe bezüglich seiner Berechtigung zu der fraglichen Besitzergreifung in entschuldbarem Irrthum sich befunden hat.

1) Die hier fragliche Besitzentziehung ist zwar unter Mitwirkung der Obrigkeit und mit Einhaltung scheinbar gesetzlicher Formen, sie ist deßhalb nicht als strafbare Selbsthülfe, aber sie ist gleichwohl ohne Recht erfolgt.

Wenn gleich nämlich nach gemeinem Recht dem Vermiether das Recht zustand, dem wegziehenden Miether, der das Miethsgeld nicht entrichtet, oder wenigstens nicht sicher

---

[1] Die bei Mühleisen Mitth. S. 9—12 cit. Entscheidungen und Sintenis II. §. 124 not. 48.

gestellt hatte, die Invekten und Illaten (ohne Zweifel mittels Perclusion) vorzuenthalten,[2] und wenn auch angenommen werden wollte, daß er in Ausübung dieses Rechts *entgegen* den sonst für die Ausübung des Pfandrechts geltenden Grundsätzen[3] auch befugt war, die Detention der Illaten zu diesem Zwecke eigenmächtig *sich zu verschaffen*, so war dieß doch unstreitig nicht etwa rechtliche Wirkung des Miethkontrakts, welcher vielmehr nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze[4] den Vermiether zur *Herausgabe* der Illaten und zum Ziehenlassen des Miethers verpflichtet, sondern lediglich Ausfluß des dem Vermiether für diesen Fall zugestandenen gesetzlichen Pfandrechts.

Nachdem nun aber die Württ. Pfandgesetzgebung alle stillschweigenden Pfandrechte aufgehoben und wie bei vielen derselben so auch bei dem dem Vermiether an den Invekten zustehenden, an die Stelle des früheren Pfandrechts nur ein Vorzugsrecht (III. Cl.) im Conkurs gesetzt hat, kann dem Vermiether kein Recht mehr zustehen, zur Sicherung seiner Befriedigung in den Besitz der vom Miether eingebrachten Sachen sich zu setzen. Wollte man selbst annehmen, es sei ein aus dem Miethsvertrag abzuleitendes Recht des Vermiethers, zur Sicherung der aus demselben erwachsenen Verbindlichkeiten die Ueberlassung der eingebrachten Sachen vom Miether zu verlangen, so wäre dieß doch nur ein obligatorisches Recht auf die entsprechende Handlung des Miethers (auf Besitzübertragung), welches im Fall des Widerspruchs weder eigenmächtig, ohne Mitwirkung der Obrigkeit, noch unter Mitwirkung einer hiezu nicht competenten Obrigkeit (vor Erledigung des hierüber einzuleitenden Rechtsstreits) in Vollzug gesetzt werden könnte. Auch bei dieser

---

[2] Glück Comment. 18 S. 405 ff. (§. 1067). Rudorff in der gesch. Zeitschrift Bd. 13 S. 206 bes. S. 423. Gmelin Ordnung der Gläubiger, Cap. 6 §. 120. Dabelow Conkurs S. 191.

[3] l. 3 C. de pig. (8, 14) l. 1 Cod. (8, 35). Sintenis Civilrecht (2. ed.) I. S. 647 not. 3.

[4] l. 19 §. 5 D (19, 2) l. 11 Cod. (4, 65).

Annahme also hätte der Vermiether kein Recht, den fraglichen Besitz gegen den Willen des Miethers sich anzueignen. Eben deßhalb kann aber auch die Gemeinde-Obrigkeit — abgesehen von den besonderen hier nach IV. Ed. §. 3 Abs. 4 und §. 30 nicht zutreffenden Voraussetzungen einer eigentlichen Arrestanlegung — nicht befugt sein, den Vermiether in diesem angemaßten Pfändungsrechte zu unterstützen, es erscheint vielmehr die von ihr ausgegangene Gewalt um nichts weniger widerrechtlich, als die vom Vermiether allein angewandte.

2) Daß die vorliegende Besitzentziehung gegen den unzweideutig erklärten Willen des Inhabers geschehen, bedarf keiner weitern Begründung, und selbst wenn man zum Begriff des spolium positive Gewalt (vis atrox im Sinne des röm. Rechts) erforderte, ist physische Gewaltanwendung hiezu nicht nöthig, es genügt vielmehr ernst gemeinte Drohung mit solcher,[5] welch letztere schon in der Beiziehung der Obrigkeit an sich, d. h. in dem thatsächlichen Hinweis auf die der Obrigkeit zu Gebot stehende Uebermacht unzweifelhaft zu finden wäre, selbst wenn Beklagter nicht, wie er gethan zu haben zugiebt, eine Mehrzahl seiner Leute zu Hülfe gezogen hätte.

3) Zwar wird beim interd. unde vi zur Begründung einer Schadenersatzpflicht ein Verschulden des Beklagten erfordert und kann diese also durch den Nachweis eines entschuldbaren Irrthums Seitens des Beklagten abgewendet werden.[6] (l. 15 D. 43, 16. l. 15 §. 11 D. 43, 24.)

Aus eben diesen Gesetzesstellen ergiebt sich aber und folgt auch aus der Bestimmung der l. 1 §. 15 §. 18—20 D. h. t. (43, 16), wonach zur Rückgabe der noch in seinem Besitz vorhandenen Sachen auch der Hausherr verbunden ist, der zu der durch seinen Sklaven, Sohn oder Taglöhner

---

[5] Sintenis C. R. II. §. 124 not. 48. S. 739. Bolley Entw. und Antrag II. S. 260 und in Sarwey Monatschrift Bd. 3 S. 118, 119.

[6] Seuffert Arch. Bd. 5 Nr. 25 S. 30.

geschehenen Entreißung weder Auftrag noch Genehmigung ertheilt, von derselben also gar nicht gewußt hat, daß die Rückgabe der gewaltsam entzogenen Sachen von einem dolus oder einer culpa des Beklagten unabhängig, nur Wirkung der durch die Entreißung herbeigeführten — objektiv widerrechtlichen Bereicherung ist (obligatio ex re, in quantum ad eum pervenit, l. 1 §. 19 D. h. t. 43, 16). Es konnte deßhalb, nachdem Kl. seinen Klageantrag in vorliegendem Proceß auf Rückgabe der zugestandenermaßen im Besitze des Beklagten noch vorhandenen Sachen beschränkt hat, dahin gestellt bleiben, ob Beklagter durch die Behändigung des Arrestzettels in der That in guten Glauben versetzt war, oder denselben nicht etwa durch unrichtige Angaben, insbesondere über den vom Beklagten beabsichtigten Wegzug oder die von ihm verschuldete Austreibung, von der Behörde erschlichen hatte.

Erk. des K. Stadtgerichts Stuttgart vom 12. Dec. 1863 i. S. W. g. Kl.

2) Der Notherbe, welcher Descendent ersten Grades ist, kann bei der ihm nach Rescission des Testamentes wegen ungerechtfertigter Enterbung obliegenden Restitution der Erbschaft auch nach Württ. Rechte nicht nur den Pflichttheil, sondern auch die trebellianische Quart abziehen. Wirkung der Rescission des Testamentes auf Legate.

1) Die Wirkung der ungerechtfertigten Enterbung eines Kindes ist die Rescission des Testamentes in Bezug auf die Erbeinsetzungen und der Eintritt der Intestaterbfolge.[1] Es erscheinen daher A. H. und C. H. nunmehr als Intestat-Erben ihrer Mutter.

2) In Gemäßheit der dem Testamente einverleibten Codizillar-Clausel muß aber dasselbe als Intestat-Codizill aufrecht erhalten werden, woraus sich ergiebt, daß

[1] Nov. 115 c. 3, 4. L. R. Th. III. Tit. 14 §. 2. Tit. 17 §. 5. Tit. 20 §. 9.

der nunmehr als Intestaterbe eintretende Kl. (A. H) den eingesetzten Erben seinen Erbtheil als Fideikommiß herauszugeben resp. zu überlassen hat.[2]

3) Der Intestaterbe ist jedoch gesetzlich berechtigt, hieran seinen Pflichttheil abzuziehen, wenn er Notherbe des Testators ist;[3] und ist er zugleich ein Descendent ersten Grades des Erblassers, so kann er überdieß die Quarta Trebelliana für sich in Anspruch nehmen.[4]

Der letztere Satz ist in unserer vaterländischen Gesetzgebung[5] ganz klar ausgesprochen;[6] und es kann nur auf einem mißverständlichen Hieherbeziehen einer andern Landrechtsstelle, die von den Fideikommissen handelt, nämlich Thl. III. Tit. 13. §. 3 beruhen, wenn Griesinger[7] und ihm nach Reyscher[8] den Abzug des Pflichttheils und der Trebellanischen Quart nicht gleichzeitig, sondern nur successive in dem Falle zulassen wollen, wenn in Folge der von dem Testator gesetzten Bedingung oder Zeitbestimmung die Erbschaft erst später restituirt werden muß. Die Fälle, welche die beiden Gesetzesstellen im Auge haben, sind aber ganz verschieden und dürfen daher nicht mit einander vermengt werden. Dort liegt ein wirkliches Fideikommiß vor, hier wird in Folge der Wirkung der Codicillarklausel ein Fideikommiß blos fingirt. Wenn also dort der Erblasser die sofortige Restitution der Erbschaft anordnete, so hat er damit klar ausgesprochen, daß er dem Kinde nichts hinterlassen wolle, als was er ihm hinterlassen muß, nämlich den Pflichttheil. Hier aber liegt gar kein ausgesproche-

---

[2] L. R. Thl. III. Tit. 20 §. 13. Vergl. Eisengrein's Relation hiezu in den L. R. Akten S. 403—404 405—406.

[3] c. 16, 18 X. de testament. 3, 26.

[4] cfr. l. 6 C. ad Stc. Treb. 6, 49.

[5] L. R. Thl. III. Tit. 20 §. 13 u. f. Vergl. L. R. Akten S. 406 u. 379.

[6] Weishaar Pr. R. Th. II. §. 961. Stein Erbrecht Ausg. v. Kübel (3. Aufl.) §. 156. Tafel Civ. R. Spr. Thl. I. S. 158 ff.

[7] Kommentar. B. 6 S. 366 vergl. mit S. 375.

[8] Priv. R. Thl. III. §. 661 vergl. mit §. 676 Note 6.

ner Wille des Erblassers vor, weil das Testament gefallen ist und die Intestaterbfolge eintritt; man muß also annehmen, daß es in der Absicht des Erblassers gelegen sei, seinem Kinde neben dem Pflichttheil auch dasjenige zu hinterlassen, was jedem Fiduciar gebührt, nämlich die Quarta Trebelliana.

4) Die Berufung auf eine Schenkung von Todeswegen ist nicht begründet. Das Landrecht setzt nämlich in Thl. III. Tit. 20 §. Wiewohl nun 2c. als regelmäßige Wirkung der Codicillarklausel die Conversion des Testaments in ein Intestat-Codizill und der Erbeinsetzung in ein Universal-Fideikommiß fest. Soll nun im einzelnen Falle eine andere Wirkung eintreten, soll anstatt jener im Gesetz vorgeschriebenen Umwandlung eine Schenkung von Todeswegen angenommen werden, so müssen hiefür ganz bestimmte faktische Gründe vorliegen und es müssen die Bedingungen einer gültigen mortis causa donatio vorhanden sein. In der ersten Beziehung wurde von dem Beklagten lediglich nichts geltend gemacht, als die in der Codicillarklausel stehenden Worte. Auf diese aber an sich kann kein erhebliches Gewicht gelegt werden, weil sie, wie die tägliche Erfahrung lehrt, von den Testamentsverfassern stets und meistens ohne alle besondere Veranlassung und ohne daß der Testirer vielleicht nur eine Ahnung davon hat, was unter jenem Ausdruck zu verstehen sei, in die Codicillarklausel aufgenommen werden. Liegt daher sonst nichts vor, woraus das Bewußtsein und der Wille, zu schenken, auf Seite des Erblassers hervorgeht, so kann aus jenen Worten nur das gefolgert werden, daß die Absicht des Testirers war, sein Wille solle, wenn auch nicht als Testament, so doch auf andere gültige Weise aufrecht erhalten werden, und dieser Wille wird durch den Eintritt der gesetzlichen Wirkung der Codicillarklausel respektirt. Sodann aber ist, wenn die Schenkung von Todeswegen gleich zwischen der donatio inter vivos und dem Legat steht, wenn sie sich sogar vielleicht dem Legat mehr nähert, als der Schenkung unter Lebenden, wie

aus den Worten des Gesetzes: ad exemplum legatorum, legatorum instar hervorgeht,[9] doch soviel gewiß, daß zur Gültigkeit der Schenkung von Todeswegen besonders nach der einstimmigen Ansicht der Württ. Rechtslehrer die Annahme des Beschenkten zu Lebzeiten des Schenkers wesentlich erforderlich ist.[10] Gerade an dieser Acceptation aber fehlt es hier, oder sie ist wenigstens nach der eigenen Einräumung der Beklagten nicht mehr erweislich.

5) Das am 26. Februar 1858 dem Sohne C. H. ausgesetzte Fahrnißprälegat ist gültig, weil in dem Aufsatze, in welchem es hinterlassen wurde, die für letztwillige Verfügungen der Eltern vorgeschriebenen Formen beobachtet sind (L. R. Thl. III. Tit. 5. §. 6), weil durch die unrechtmäßige Enterbung nur die Erbeinsetzung aufgehoben wird, die Legate und sonstigen Verfügungen aber stehen bleiben (L. R. Thl. III. Tit. 17 §. 5, Tit. 20 §. 9) und weil auch nach dem Wegfallen des Testamentes die Verfügung vom 26. Februar 1858 als Intestat-Codizill aufrecht erhalten werden muß.

Erkenntniß des K. Gerichtshofs in Eßlingen vom 23. März 1863 i. S. A. H. gegen C. H. und Gen. von Besigheim.

3) Unter das Verbot der Bevorzugung des zweiten Ehegatten fallen auch Zuwendungen an das zugebrachte uneheliche Kind der zweiten Frau. Die Voraussetzung seiner Anwendung ist die Liberalität der Zuwendung.

I. Es ist aus den Theilungsakten des Johann Bernhardt C. von H. ersichtlich und zwischen den Partheien unbestritten, daß dieser in seinem Testamente vom 18. Juni 1860

[9] §. 1. Inst. de donat. 2, 7, l. 17 Dg. h. t. 39, 6.

[10] **Bolley**, Verm. Auss. S. 58, 59. **Zeitter**, Freiw. Gerichtsb. Thl. 1. §. 324. **Weishaar**, Priv. R. Thl. III. §. 1113. **Reyscher**, Priv. R. Thl. III. §. 693 Z. 2. **Griesinger**, Kommentar, Thl. IV. S. 1025 Note 4. **Reinhardt**, Kommentar, Thl. III. S. 250. **Kübel**, Steins Erbrecht (3. Aufl.) §. 178. **Weiske** Rechtslex. Bd. 9. S. 714. **Mühlenbruch**, Lehrb. Thl. III. §. 771.

seiner Wittwe, der Mutter der Beklagten, ihren vollen gesetzlichen Erbtheil, und der Apellatin, ihrer Tochter, die in der Klagschrift aufgeführten Liegenschaften und Fahrnißstücke im dortigen Anschlage von zusammen 585 fl. als Legat verschaffte; dagegen ist zwischen den Partheien Streit darüber, ob diese letztere Verschaffung an die Apellatin eine entgeltliche oder ob und wieweit sie eine unentgeltliche, d. h. eine Liberalität gegen die Apellatin sei. Da die Frage, ob überhaupt eine Liberalität zu Gunsten der Tochter vorliege, für den Klageanspruch der Antin vor Allem Andern präjudiziell ist, sofern die Antin einen Klaganspruch auf die l. 6. C. de sec. nupt. und auf das Generalrescr. vom 20. Juli 1683 nicht gründen könnte, wenn eine solche Liberalität nicht vorläge, so war vor Allem diese Frage zu entscheiden.

Daß vom Testirer im Allgemeinen eine Liberalität beabsichtigt war, geht schon aus der Art und Weise der gemachten Verschaffung hervor. Zwar sagt er in Punkt II. des Testamentes, daß er der Apellatin diese Zuwendung für die ihm geleisteten Dienste statt ihres Liedlohns vermache, wenn er aber in Punkt III. und IV. im Widerspruch hiemit erklärt, die Zuwendung finde nicht statt, wenn die Apellatin, ohne sich zu verehelichen, vor seinem Tode aus dem Dienste trete, deßgleichen, wenn sie vor ihm mit Tod abgehe, so ersieht man, daß er die geleisteten Dienste nur zum Scheine angeführt und die Verschaffung aus einem andern Grunde, nämlich für die künftige Verehelichung der Apellatin gemacht hat, weil, wenn er die schon seit 6 Jahren geleisteten Dienste wirklich hätte belohnen wollen, er diese Belohnung nicht auf den bloßen Fall der Verehelichung hätte beschränken können.

Man kann daher nicht umhin, in der Verfügung des Testirers statt einer Entschädigung für geleistete Dienste vielmehr der Hauptsache nach ein reines Legat im rechtlichen Sinne zu erkennen. Hiegegen ist nun zwar von der Apellatin eingewendet, a) daß der Verschaffung des Testirers der Charakter der Liberalität überhaupt deßhalb nicht bei-

gemessen werden dürfe, weil ihr die Zuwendung außer den bisher geleisteten Diensten zugleich auch für den Fall der längeren Lebensdauer des Testirers und ihrer demgemäß länger dauernden Dienstleistung bei diesem gemacht sei und b) daß auch schon ihre kürzere Dienstleistung einen dem Betrag des Legats gleichkommenden Gegenwerth und Gegenanspruch begründe, insofern sie ihre Dienste nicht blos dem Stiefvater, sondern auch einem Stiefbruder, und nicht blos 6, sondern 12 Jahre geleistet habe, der von der Antin berechnete Jahreslohn von bloßen 25 fl. zu nieder sei und überdieß ihr Stiefvater ihr die Nutznießung aus einem Morgen ihr gehörigen Landes entzogen habe ꝛc. — (Eine diese Einwendungen aus den Thatsachen widerlegende Ausführung wird als ohne allgemeines Interesse hier übergangen.) Es ist hienach nur der Gesammtbetrag von 150 fl. (auf 6 Jahre gerechnet) als Entschädigung für geleistete Dienste anzuerkennen, welche nach dem Zugeständniß der Antin als im Werthe des Legats begriffen anzusehen ist. Alles Weitere im Werthe von 435 fl. oder nach den Anschlägen der Zubringensinventur im Werthe von 540 fl. oder nach der Behauptung der Antin sogar von 825 fl. ist als eine der Atin zugedachte Freigebigkeit zu betrachten und muß als solche ausgeschieden werden, weil auf diese das Verbot des Gesetzes, welches jede Umgehung, mag sie in irgend welcher Weise geschehen, untersagt, Anwendung zu finden hat.[1]

II. Hiernach hängt die Begründung des Anspruchs der Antin blos noch davon ab, ob die Vorschrift des Gesetzes auch auf die Atin, als uneheliches Kind ihrer Mutter, Anwendung findet.

Die l. 6. pr. C. de secund nupt. 5, 9 und in Bestätigung derselben Nov. 22. cap. 27 verbietet die Mehrverschaffung an die zweite Gattin ganz allgemein und un-

[1] cfr. Lenz, Bemerkungen über das Erbrecht des zweiten Ehegatten, besonders in Rücksicht auf den heutigen Gebrauch der l. 6. C. de sec. nupt. etc. Tübingen 1781. S. 51—53.

bedingt, sowohl direkt als indirekt, unter Lebenden und von Todeswegen sei es durch Erbeseinsetzung, Legat, Fideicommiß, Schenkung von Todeswegen u. s. w. und insbesondere auch unter der Form, wenn dem zweiten Gatten durch Vermittlung dritter Zwischenpersonen zu viel verschafft oder ein Vortheil zugewendet wird, indem sie am Ende mit den Worten schließt: „omni circumscriptione, „si qua per interpositam personam vel alio „quocunque modo fuerit excogitata, cessante.“ Daher und ebenso die Novelle, „nullaque machinatio „neque per suppositas personas, neque ex „alia causa adhibeatur“ sagt auch Griesinger[2] unter Berufung auf Harppredht,[3] und Cujac;[4] schon nach römischem Recht sei die Mehrverschaffung an die Stiefkinder verboten gewesen.

An dieser l. 6. C. 5, 9 hat das Generalrescript vom 20. Juli 1683 im Allgemeinen nichts geändert, sondern es hat diese lex blos den Eigenthümlichkeiten des württ. Erbrechts (wonach der Ehegatte gewisse Theile des Nachlasses jedenfalls erhält) angepaßt und die aus letzteren in der Praxis hervorgegangenen Mißverständnisse und irrigen Anwendungen der lex 6. C. 5, 9 beseitigt. Namentlich in Absicht auf den allgemeinen Grundsatz der l. 6. C. daß jede in fraudem des Prinzips des Gesetzes geschehene Mehrverschaffung, möge sie geschehen wie sie nur wolle, nichtig sei, und in Absicht auf die Personen, gegen welche die l. 6. C. geht, hat das Generalrescript an der letzteren nichts geändert, und wenn in demselben die beigebrachten Kinder des zweiten Ehegatten speziell und neu genannt sind, so kommt dieß blos daher, daß dasselbe, um die Sache vollständig klar zu machen, aus einander halten zu müssen glaubte, wie bei diesen Verhältnissen dreierlei Arten von Kindern, nämlich die Kinder erster Ehe des conjux

[2] Comm. Bd. 8. S. 437. Anm.

[3] Consult. 35. N. 67 und 44.

[4] ad l. 6. C. de sec. nupt. in Operib. tom IX. p. 468.

binubus, die gemeinschaftlichen Kinder aus der zweiten Ehe, und die beigebrachten Kinder des zweiten Ehegatten vorkommen können, so daß mit der Erwähnung der letzteren Kinder nicht der Zweck verbunden war, den Umfang der Personen, auf welche l. 6. C. anzuwenden sei, zu beschränken. Die l. 6. C. cit. und Nov. 22 c. 27 gilt daher in dieser Richtung neben dem Generalrescript fort und alle Personen, mittelst deren im einzelnen Falle das Gesetz umgangen werden will, fallen darunter. Nur der Unterschied besteht, daß im Fall einer Mehrverschaffung an die beigebrachten ehelichen Kinder des 2. Ehegatten die fraus contra legem im Generalrescripte von selbst schon angenommen wird, ohne daß sie erst besonders erwiesen zu werden braucht, während bei andern Zwischenpersonen diese fraus erst bewiesen werden muß.[5]

Die Atin als uneheliches Kind der 2. Ehegattin fällt daher im vorliegenden Falle gleichfalls unter das Gesetz, sobald die Annahme begründet werden kann, daß durch die ihr gemachte Verschaffung ihrer Mutter selbst ein vermögensrechtlicher Vortheil zugewendet worden ist, der dieselbe Bedeutung hatte, wie wenn ihr, der Mutter ein Mehreres über ihre statutarische Portion hinterlassen worden wäre, — und diese Annahme läßt sich wirklich vollkommen begründen.

Bekanntlich steht die Mutter und ihr uneheliches Kind zu einander, im Allgemeinen im gleichen Rechtsverhältnisse, wie die Mutter und ein eheliches Kind, sofern die persönlichen und die Vermögensrechte zwischen ihnen die gleichen wie beim letzteren sind, weshalb auch die Vortheile, die dem unehelichen Kinde zugewandt werden, eben so oft wie beim ehelichen Kinde zugleich der Mutter zu statten kommen können; auch hat die Mutter an das uneheliche Kind jedenfalls die gleiche persönliche Anhänglichkeit wie an ein

[5] cfr. Weishaar, württ. Priv. R. Bd. I. §. 218. Lenz, l. c. S. 50—53, 94—96, 101.

anderes. Schon hienach ist daher, wenn der conjux binubus der Atin etwas zuwendete, ähnlich wie bei zugebrachten ehelichen Kindern, im Allgemeinen zu vermuthen, daß die Zuwendung durch den Einfluß der 2. Gattin auf die Schwäche des conjux binubus erfolgt und daß dieser mit Rücksicht auf ihre Person die Zuwendung gemacht haben werde.

Sodann aber bestand diese Zuwendung im vorliegenden Falle gerade darin, daß der Testirer dem unehelichen Kinde seiner 2. Gattin, weil es nicht genug eigenes Vermögen besaß, den größeren Theil der zur Verehelichung erforderlichen Ausstattung schenkte. — Auf dieses, d. h. auf die Ausstattung, bezog sich nämlich das Legat, welches der Atin zwar zunächst für ihre Dienstleistungen, in der Hauptsache aber und versteckter Weise nach Punkt III. des Testaments für den Fall, daß sie schon vor dem Ableben des Testirers heirathete, nach Punkt II. aber für den Fall, daß sie erst nach seinem Ableben voraussichtlich heirathen würde, folglich auf alle Fälle des Heirathens verschafft ward und nachdem die Atin schon 7½ Monate nach Errichtung des Testamentes wirklich geheirathet hatte, so wurde wie ihr Zubringensinventar ausweist, ihre Ausstattung diesem gemäß wirklich zum größeren Theil durch die Objekte des Legats hergestellt, indem sie, wie die nähere Ausscheidung ihres Beigebrachten ergiebt, an eigenem Vermögen nur 221 fl. 36 kr., an Legat dagegen 585 fl., oder wie der erhöhte Anschlag des Zubringensinventars ergab, 690 fl. einbrachte, so daß ihre Mutter aus ihren eigenen Mitteln an Heirathgut nur noch 221 fl. 15 kr. der Tochter zuzuschießen brauchte.

Hat aber der Testirer den größeren Theil der zur Verehelichung der Atin erforderten Ausstattung hergegeben, so hat er damit eine nach den Gesetzen der Mutter des unehelichen Kindes obliegende rechtliche Verbindlichkeit erfüllt, folglich dieser den vermögensrechtlichen Vortheil, daß sie nun von ihrem eigenen Vermögen um so viel weniger

abzugeben brauchte, verschafft, beziehungsweise ihr diesen Aufwand ersetzt, und da diese daneben den vollen gesetzlichen Erbtheil empfing, so ist somit jene in fraudem legis erfolgte Verschaffung in so weit, als nicht die Apellantin für geleistete Dienste einen Abzug, beziehungsweise Ersatz anerkannt hat, für ungiltig zu erklären 2c.

III. Diesem gemäß war, da nach der l. 6 cit. wie nach dem General-Rescr. die legirten Objekte, wie wenn sie nicht legirt worden wären, an die Intestaterben zurückfallen, das Verlangen der Klägerin, daß ihr diese Objekte zu dem sie treffenden Drittelsantheil in Natur herausgegeben werden, mit Ausnahme der Fahrniß, für welche die Klägerin nur den Ersatz fordert, weil sie schon bei der Theilung auf Naturalansprüche daran verzichtet hatte, begründet und ebenso ist es, obgleich der Rechtsstreit eigentlich aus der Person der Mutter geschöpft ist, gerechtfertigt, daß die Klage nur gegen die Tochter gerichtet wurde, weil diese letztere im ausschließlichen Besitze der herausgeforderten Objekte ist und in solchem Falle die hier platzgreifende hereditatis petitio nur gegen diese dritte Person geht.[6]

Erkenntniß des Kreisgerichtshofes in Eßlingen vom 29. März 1861 i. S. der Wittwe K. in K. gegen die Ehefrau des G. S.

4) Der Grundsatz des Württ. Landrechts, daß die Testamentsmündigkeit nach zurückgelegtem 16. Lebensjahr eintritt, findet auch auf letztwillige Verfügungen zu milden Zwecken Anwendung.

Während nach römischem Recht die Fähigkeit ein Testament zu errichten (testamenti factio activa) mit erreichter Mündigkeit, also beim männlichen Geschlecht mit

---

[6] **Mühlenbruch, Pand. Bd. III. §. 713, 714.** cfr. l. 13 §. 1. D. de hered. petit. 5, 3. l. 1 §. 3. D. si. pars hered. 5, 4.

dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Lebensjahre vorhanden ist, hat das Württ. Landrecht (Thl. III. Tit. 2 §. 2) als Regel festgesetzt, daß die Testamentsmündigkeit bei beiden Geschlechtern erst mit zurückgelegtem 16. Lebensjahre eintrete, wobei sich der Gesetzgeber nur das Recht vorbehalten hat, in besonderen Fällen, aus hochbewegenden Ursachen solchen Personen, welche wenigstens das 14. Lebensjahr zurückgelegt haben, auf gebührendes Suppliciren im Wege der Dispensation die Errichtung eines Testamentes zu gestatten.

Als Grund für diese vom römischen Recht abweichende Bestimmung des Alters der Testaments-Mündigkeit ist im Gesetze selbst angegeben, daß Personen unter 16 Jahren „noch nicht zu solchem Alter kommen, daß sie zu testiren für genugsam verständig und tauglich geachtet würden" und in der Eisengreinischen Relation wird die Abweichung vom gemeinen Recht des Näheren damit motivirt: daß die Erfahrung mit sich bringe, was bei 12 und 14jährigen Personen für ein Verstand et quam fragile sit et infirmum hujusmodi aetatis consilium, quamque multis captionibus et insidiis (praesertim hoc seculo avarissimo) sit obnoxia et exposita haec aetas,[1] wogegen von der Bebenhäuser Kommission keinerlei Widerspruch erhoben wurde.[2]

Hiernach kann es nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß das Württ. Landrecht Personen unter 16 Jahren regelmäßig, und zwar aus dem Grunde für unfähig zur Errichtung eines Testamentes erklärt, weil es ihnen an zureichendem Verstand zur Vornahme dieser Handlung gebricht. Wenn nun weiterhin in Thl. III. Tit. 6 §. 2 des Landrechts (und zwar wörtlich übereinstimmend mit dem Antrag Eisengrein's in seiner Relation[3]

---

[1] Faber u. Schloßberger, Landrechts-Akten S. 319.
[2] Ebendaselbst S. 571.
[3] Landrechts-Akten a. a. O. S. 348 und 588—589.

verordnet ist, daß zu Gunsten einer milden Stiftung letztwillig disponiren möge, „ein Jeder, der sonst genugsamen Verstandes halber zu testiren, in Recht für taugentlich gehalten, ob ihnen gleich sonsten anderer Ursachen wegen solches durch die Rechte nicht zugelassen," so ist durchaus nicht abzusehen, wie hieraus soll gefolgert werden können, daß zu Gunsten einer pia causa jede mit hinreichendem Verstand begabte Person, sofern sie nur das Alter der Mündigkeit überhaupt (also das Alter von 14 resp. 12 Jahren) erreicht hat, testiren dürfe. Vielmehr folgt aus der Vergleichung der beiden angeführten Landrechtsstellen das Gegentheil — nämlich, daß auch zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu milden Zwecken, das in Thl. III. Tit. 2 §. 2 festgesetzte Alter der Testamentsmündigkeit erfordert wird, und zwar folgt dieß mit Nothwendigkeit daraus, daß, wie oben erwähnt wurde, Personen, welche dieses Alter noch nicht erreicht haben, gerade wegen Mangels genugsamen Verstandes — und nicht anderer Ursachen wegen — vom Gesetze für testirunfähig erklärt sind. Die Annahme, daß das Landrecht in Thl. III. Tit. 6 §. 2 unter den „genugsamen Verstandes halber zu testiren in Recht für tauglich gehaltenen Personen" unter Zugrundlegung des römischen Rechts auch die Mannspersonen mit 14 und Weibspersonen mit 12 Jahren begreife, während in dem vorhergehenden Titel solche Personen ausdrücklich und fast mit denselben Worten für nicht genugsam verständig und taugenlich erklärt worden — widerstreitet den Regeln der Gesetzesauslegung; auch würde diese Annahme zu einer offenbaren Inkonsequenz führen, indem nach derselben letztwillige Verfügungen zu Gunsten milder Stiftungen, von denen doch gewiß nicht gesagt werden kann, daß zu ihrer Errichtung ein geringerer Grad von Einsicht und Verstandesreife, als zu ähnlichen Verfügungen zu Gunsten anderer Personen, z. B. der nächsten Verwandten, gehöre, von Solchen errichtet werden könnten, die zu jeder andern letztwilligen Verfügung wegen

ihres noch nicht genügend entwickelten Verstandes gesetzlich für unfähig erklärt sind.

Hiernach verdient die Ansicht, daß Personen unter 16 Jahren (abgesehen von erlangter Dispensation, welche überdieß ohne Unterschied des Geschlechts vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre nicht zulässig ist, im vorliegenden Falle also mit Erfolg gar nicht hätte nachgesucht werden können) auch ein Testament zu milden Zwecken ebensowenig als irgend eine andere letztwillige Verfügung gültig errichten können, und zwar ohne daß dabei nach dem Grundsatze: cessante ratione legis, non cessat lex ipsa [4]), im einzelnen Falle auf den höheren oder geringeren Grad der Verstandesreife einer solchen Person etwas ankommt, [5] entschieden den Vorzug vor der von Reyscher [6] und unter Berufung auf diesen und auf Weishaar, [7] von Kübel [8] aufgestellten, übrigens nicht näher begründeten Meinung, daß auch ein Mündiger unter 16 Jahren, wenn er nur sonst (was wohl in jedem vorkommenden Falle erst besonders untersucht werden müßte) hinreichenden Verstand besitze, zu milden Zwecken testiren könne.

Erk. des Gerichtshofes in Eßlingen vom 16. Februar 1863 in Sachen A. gegen L.

5) Expropriation. Freie Würdigung des Beweises durch Sachverständige. [9]

Die Berechnung einer Durchschnittssumme bei wider=

---

[4] Vergl. Wächter, Handbuch des Privatrechts II. S. 142 Note 38.

[5] cfr. Griesinger, Commentar über das Landrecht Bd. V. S. 158 und Reinhardt, Landrechts=Commentar Bd. III. S. 58 und 59.

[6] Württ. Privatrecht §. 653.

[7] Privatrecht §. 814.

[8] In Stein's Handbuch des Württ. Erbrechts. 3. Aufl. §. 62.

[9] Vgl. dies. Archiv Bd. IX. S. 97 u. f. Da die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 die dem deutschen Entwurf entnommenen Bestimmungen des Gesetzes vom 21. August 1865 wörtlich aufgenommen hat, so hat diese Entscheidung ihre praktische Bedeutung nicht verloren.

sprechenden Taxationen rechtfertigt sich vom Standpunkt der freien Beweiswürdigung, welcher das Gesetz vom 21. August 1865 für den Beweis durch Sachverständige zur Geltung gebracht hat, nur unter der Voraussetzung, daß die Abweichung unter den einzelnen Schätzungen eine blos quantitative, d. h. eine Folge, der in jeder Reduktion des materiellen Werthes auf bestimmte Zahlen liegenden relativen Willkühr ist, nicht aber dann, wenn dieselbe auf eine verschiedene Auffassung bezüglich der bei der Schätzung zu berücksichtigenden einzelnen Werthmomente zurückgeführt werden muß; unter dieser Voraussetzung tritt vielmehr an den Richter die Nothwendigkeit heran, entweder den Standpunkt der Majorität oder der Minorität sich anzueignen, oder aber, sofern ihn keiner von beiden überzeugt, ein neues Gutachten einzufordern.

Im gegenwärtigen Fall lag nun, wie bereits der Unterrichter hervorgehoben hat, der Grund der großen Abweichung zwischen der Schätzung der Mehrheit und der Minderheit in der ganz verschiedenen Auffassung bezüglich der namentlich aus der Lage des Grundstücks und dem Einfluß des benachbarten Eisenbahnbetriebs zu entnehmenden faktischen Schätzungs-Momente.

Es war daher, da dieser Widerspruch durch die Berechnung eines Durchschnitts der Resultate der Schätzungen nicht gehoben werden konnte, dem Richter aber die konkrete Sachkenntniß abgeht, um sich für die Richtigkeit des einen oder des andern Standpunktes auszusprechen, die Einholung eines neuen Gutachtens gerechtfertigt.

Erk. des Gerichtshofes in Eßlingen vom 12. November 1866. i. S. der E. D. g. H.

6) Die Voraussetzung der Rechtswohlthat der Kompetenz im Gante, daß die Insolvenz eine unverschuldete sei, ist von dem Gantmann zu beweisen.

Soll einem Gantmann die Rechtswohltat des Noth-

bedarfs zu Statten kommen, so hängt dieß nach bekannten Rechtsgrundsätzen davon ab, daß derselbe nicht aus eigenem Verschulden, sondern durch Unglücksfälle in den Vermögenszerfall gerathen ist, und dieß zu erweisen, liegt nicht dem klagenden Gläubiger, sondern ihm, dem Gantmann, ob.[1] Zum Beweis hierüber aufgefordert, konnte sich nun der Beklagte nur auf seine Angaben bei Vornahme der Vermögens-Untersuchung und das bei Einleitung seines Gantes von dem Gemeinderath über ihn ausgestellte Zeugniß beziehen.

Allein für die Richtigkeit der von dem Beklagten angeführten Thatsachen wurde lediglich kein Beweis erbracht. Das gemeinderäthliche Zeugniß sodann spricht sich im Allgemeinen dahin aus, daß dem Beklagten keine Verschwendung oder sonstiges strafbares Verschulden an seiner Insolvenz zur Last gelegt werde. Mit dieser Negation eines strafbaren Verschuldens seitens des Gemeinderaths ist aber dem erforderten Beweise nicht genügt.

Dem Beklagten kann daher die Rechtswohlthat des Nothbedarfs gegenüber dem Kläger bezüglich seiner anerkannten Forderung nebst Zinsen nicht zu Statten kommen.

Erk. des Gerichtshofes in Eßlingen vom 26. Juni 1865 in Sachen R. gegen W.

7) Die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides über den Betrag einer Erbschaft ist nicht durch ein bestimmtes rechtliches Verhältniß zu dem Erblasser bedingt; derselbe kann nach den Umständen auch von solchen gefordert werden, welche sich thatsächlich in die Erbschaft eingemischt haben. Der Offenbarungseid ist kein zugeschobener Eid.

Zu Begründung der Beschwerde gegen das Urtheil des nächstvorigen Richters wurde geltend gemacht, das

[1] L. R. Th. I. Tit. 76 §. 7 und 10. Fecht, das Conkursverfahren 2c. S. 31. Sarwey, Monatschr. Bd. 18 S. 350, 353—358.

Wesen des Offenbarungseides bestehe darin, daß Jemand durch seinen Aufenthalt, d. h. durch sein Wohnen bei dem Schuldner, in dessen häuslicher Gemeinschaft in einem solchen Verhältniß zu demselben gestanden habe, daß ihm dessen Vermögen oder ein Theil desselben anvertraut werden mußte und daß die betreffende Person in Folge dieses Vertrauens-Verhältnisses zur Rückgabe alles dessen, was ihr ausdrücklich oder stillschweigend anvertraut war, an sich verpflichtet sei. Von einer solchen Obligation befreie sich eine solche Person vollständig nur durch den Offenbarungseid, was etwas ganz Anderes sei, als wenn auf Grund der vorhandenen Möglichkeit der Entwendung ein Eid verlangt werde, daß eine solche nicht vorgekommen sei.

Der Beklagte habe sich nun in dem J. J. F.'schen Hause nicht aufgehalten, sei nur, wie der Arzt, aus und eingegangen, er habe außer seiner Theilnahme für die Person der Erblasserin lediglich nichts in dem Hause zu thun gehabt, es sei ihm Nichts anvertraut, Nichts übergeben worden — und es fehlte mithin bei ihm an einer wesentlichen Voraussetzung des Offenbarungseids.

Allein seiner eigenen Einräumung zufolge war ihm nach dem Tode des ꝛc. F. von dessen, damals bereits schwer erkrankten und am vierten Tage nach ihrem Manne verstorbenen Wittwe eine bedeutende Werthssumme (4900 fl. in Staatsobligationen) anvertraut worden, um solche an verschiedene ihrer Seitenverwandten als Geschenk zu vertheilen, und er behielt diese Werthpapiere in seiner Verwahrung, bis er sie zu der am 22. April 1864 vorgenommenen Erbschaftstheilung der Theilungsbehörde übergab.

Ferner geschah es, nach der eigenen Einräumung des Beklagten, wenigstens mit seinem Vorwissen und in seinem Beisein, daß nach dem Ableben der Erblasserin und vor der Obsignation der weitere Betrag von 4500 fl. an Werthpapieren aus der Verlassenheit weggenommen und einem der Miterben auf Seite des verstorbenen F., dem J. G.

F. in G. zum Zweck einer Privatvertheilung unter den Miterben übergeben wurde, weil, wie behauptet wurde, unter den Erbsinteressenten die Befürchtung aufgetaucht war, die Erblasser möchten ihr Capitalvermögen nicht getreu zur Versteurung fatirt haben und man einer Steuerdefraudations-Untersuchung auszuweichen hoffte, wenn ein Theil des Capitalvermögens der öffentlichen Theilung durch die Behörde entzogen und privatim vertheilt würde.

Beide Vorgänge weisen entschieden auf eine besondere Vertrauensstellung des Beklagten rücksichtlich des Vermögens und der Verlassenschaft der J. F.'schen Eheleute hin.

Dem Beklagten, welcher der kinderlosen Erblasserin an sich schon, als Gatte einer verstorbenen Nichte derselben, sowie als Pfleger eines geisteskranken Neffen, welchen sie in ihrem Testament bedacht hatte, sehr nahe stand, wurde von derselben, als er ihr, der zur Zeit des Todes ihres Ehemanns bereits selbst tödtlich erkrankten Frau, hülfreich beistand, ein namhafter Theil des vorhandenen Vermögens zu abgesonderter Verwahrung und Verfügung nach den ihm mündlich ertheilten Anweisungen überwiesen, wobei, wie bei dem todtkranken Zustand der Erblasserin kaum anders anzunehmen ist, wohl auch das Ganze der vorhandenen Werthpapiere bei der zu treffenden Ausscheidung, seiner discretionären Obhut anvertraut war.

Auch zeigt die Anwesenheit des Beklagten bei der Hinwegnahme der Werthpapiere im Betrag von 4500 fl. vor der Obsignation, mag solche auch, wie behauptet wurde, nur eine passive Betheiligung als Zeuge gewesen sein, daß er jedenfalls mit den nach dem Ableben der Wittwe F. herbeigerufenen Angehörigen von Erbsinteressenten eine gewisse Obhut über die Verlassenschaft theilte, wenn er auch nicht selbstthätig bei der Beseitigung jener Werthpapiere mitgewirkt haben sollte, was nicht näher aufgeklärt ist, während übrigens die Angabe des J. G. F. bei der Verhandlung des von den Klägern gegen denselben vor dem Oberamtsgerichte Geislingen geführten Prozesses, die Ab-

leistung eines Offenbarungs-Eides betreffend, auch auf ein selbstthätiges Mithandeln des Beklagten bei der Wegschaffung der fraglichen Werthpapiere hinweist, indem J. G. F. angab, „daß ihm die fraglichen Werthpapiere von dem Beklagten in Verbindung mit dem Konditor Sch. übergeben worden seien."

Aus beiden Vorgängen ergibt sich eine Vertrauensstellung des Beklagten bezüglich der Vermögensmasse, in welche derselbe schon durch die Erblasserin selbst eingewiesen worden war, welche ihm aber auch von den herzugekommenen Seitenverwandten eingeräumt wurde, und wozu er sich auch durch seine Stellung als Pfleger eines der Intestaterben der Wittwe F. berufen erachten konnte, — (denn ob Beklagter mit dem Inhalt des Testaments und daß sein Pflegling blos auf eine festbestimmte Summe zum Erben eingesetzt war, schon voraus bekannt war, steht dahin —) es ergibt sich aber auch daraus, wenigstens theilweise, ein wirkliches Eingreifen in die Verlassenschaft von seiner Seite, welche ihn den mit jenen Vorgängen unbekannten Miterben gegenüber verantwortlich machen und zur Auskunftertheilung über den Bestand des Verlassenschaftsvermögens verpflichten mußte.

Ob der Beklagte in der Zeit dieser seiner Einmischung in die Angelegenheiten der Verlassenschaft als Hausgenosse im engern Sinn zu betrachten war, ob er nur ab und zuging 2c. ist von untergeordneter Bedeutung.

Die Möglichkeit einer gegenseitigen Kontrole der verschiedenen anwesenden Angehörigen von Erbsinteressenten gegeneinander ist um so weniger geeignet, die Verantwortlichkeit des Beklagten auszuschließen, als jene verschiedenen Personen zusammen an einer Einmischung in die Verlassenschaft und an der Wegnahme von Werthpapieren sich betheiligt haben und sich hierdurch den dabei unbetheiligten Miterben gegenüber eines unbefugten Eingreifens in die Verlassenschaft schuldig gemacht haben.

Das Verlangen der Kläger, daß der Beklagte über

den Bestand der Masse durch Leistung des Offenbarungs-Eids Auskunft ertheile, erscheint daher nach den eigenen Prämissen des Beschwerdeführers begründet 2c.

Einer Bescheinigung besonderer Verdachtsgründe bedarf es zu Begründung des Antrags auf einen Manifestationseid nicht, auch kann der Ruf der Unbescholtenheit von der Verbindlichkeit hiezu nicht befreien 2c.

Erkenntniß des Königl. Obertribunals vom 25. Februar 1868 i. S. H. gegen F.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

1) Uebergang der Nebenrechte beim Forderungskauf.

Wer eine Forderung käuflich erwirbt, erlangt damit, soweit nichts Anderes verabredet ist, auch die mit der Forderung verknüpften Nebenrechte von selbst, insbesondere also auch den Anspruch auf gesetzliche oder die etwa durch den Verzug des abgetretenen Schuldners begründeten Zinse.[1] Dagegen kann sich die gesetzliche Haftung des Cedenten (des Verkäufers) für die Richtigkeit der Forderung auf das Bestehen accessorischer Rechte nur dann erstrecken, wenn derselbe das Bestehen solcher Rechte zugesichert hat.[2] Ob dieß geschehen, ist lediglich Thatfrage, für deren Beurthei-

---

[1] l. 23 pr. D. de her. vel act. vend. (18, 4); cst. 6 Cod. de O. et. A. (4, 10); l. 43 D. de usuris (22, 1); Puchta, Pand. §. 284 und Vorles. hiezu N. 1; Seuffert, Pand. Recht §. 301 Note 1a; Sintenis, Civilrecht, (1. Aufl., Bd. II. §. 128 bei Note 81; Windscheid, Pand., 2. Aufl., Bd. II. §. 332 Note 8.

[2] A. D. Weber, Beitr. zu der Lehre v. Klagen u. Einreden, 4. Aufl., Stück I. Nro. 5, S. 38, 41; Mühlenbruch, Cession §. 64 Note 194 S. 626.

lung insbesondere die Natur der accessorischen Rechte, um welche es sich handelt, von wesentlicher Bedeutung ist. Während da, wo durch Vertrag, Anerkenntniß oder Urtheil festgesetzte Zinse in Frage sind, regelmäßig schon die Bezeichnung der Forderung als einer verzinslichen, oder die Beziehung auf eine der Verzinslichkeit erwähnende Urkunde hinreichen wird, um die Annahme einer solchen Zusicherung und die Haftung für das Bestehen des Zinsenanspruchs zu begründen, wird umgekehrt, wo lediglich gesetzliche oder Verzugszinse in Frage sind, die Erklärung des Cedenten, daß er Zinse anzusprechen habe oder Zinse ansprechen zu können glaube, eine Zusicherung, daß die Forderung eine verzinsliche sei, darum nicht ohne Weiteres in sich schließen, weil die Vermuthung gegen die Uebernahme des hier stets vorhandenen Risiko's sprechen wird. In solchem Falle wird daher auch die ausdrückliche Uebernahme der Haftung für die Richtigkeit und selbst für die Güte der abgetretenen Forderung im Zweifel, und wo dieß nicht besonders bedungen ist, eine Haftung für das Bestehen des Zinsenanspruchs nicht begründen.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. September 1872 in der Berufungssache Lehmann c. Mayer.

2) Kann der debitor cessus von dem Cessionar den Nachweis eines giltigen Rechtstitels der Cession verlangen?

Es ist in der Theorie und Praxis anerkannt, daß das Rechtsgeschäft, auf welchem die Cession beruht, zunächst lediglich den Cedenten und den Cessionar unter sich berührt, während der Schuldner außerhalb dieses Rechtsgeschäftes steht und bei demselben nicht betheiligt ist.[3] Dem Schuldner muß daher die Beschaffenheit dieses Rechtsgeschäftes gleichgültig sein und es kann ihm aus derselben ein Recht nicht erwachsen, für ihn ist vielmehr, wenn er

---

[3] Ueber das Wesen der Cession vergl. Württ. Archiv Bd. X., S. 121 ff. Note 6.

zum Cessionar in ein Verhältniß der Berechtigung und Verpflichtung kommen soll, nur soviel erheblich und nothwendig, daß der Gläubiger eine Erklärung abgibt, durch welche er die Ausübung oder Geltendmachung seiner Forderung dem Cessionar überläßt, damit der Schuldner mit Sicherheit erfahre, an wen er zu zahlen berechtigt und verpflichtet sei. Diese Erklärung des Gläubigers liegt aber in einer vollkommen zureichenden Weise vor, sobald derselbe überhaupt ausgesprochen hat, daß er seine Forderung dem Andern „cedire", mag nun die causa cessionis dabei angegeben sein oder nicht und mag die Cessionsform blos zum Zwecke der Einkassirung für ihn oder aber zum Zwecke der eigenthümlichen Uebertragung der Forderung an den Cessionar gewählt worden sein; in allen Fällen wird dadurch der Schuldner ermächtigt, den Cessionar wie seinen wahren Gläubiger anzusehen und an ihn zu zahlen, ohne daß er zu besorgen hätte, im Fall dieser Zahlung dem Cedenten nochmals Zahlung leisten zu müssen. Nach diesen Grundsätzen, welche auch von dem Obertribunal anerkannt sind, kann daher, wenn gleich der Cedent erklärt hat, daß der Cessionar ihm für die Cession Nichts bezahlt habe und den Prozeß statt seiner führe, der Bekl. debitor cessus von dem klagenden Cessionar den Nachweis eines giltigen Rechtstitels der Cession nicht fordern und ebensowenig derselben die Einwendung, daß sie nur simulirt sei, damit der Kl. die Forderung für den Cedenten beitreibe, entgegenhalten, weil der Beklagte durch die Zahlung an den Kläger als den Cessionar, auch wenn die Cession simulirt ist, liberirt wird, und weil der Beklagte im Uebrigen, wofern ihm nicht kraft singulärer gesetzlicher Vorschrift, die aber im gegenwärtigen Falle nicht zutrifft, ausnahmsweise ein besonderes Recht zusteht, zu dieser Einrede, als einer exceptio de jure tertii, nicht befugt ist.[4]

Entscheidung des Obertribunals vom 28. November 1872 in der Berufungssache Collmar c. Vogt.

---

[4] Württ. Archiv Bd. III. S. 147 Nr. 6; S. 188; vergl. jedoch

3) Cession einer Alimentenforderung.

Der Graf F., gegen welchen von dem K. bayerischen Bezirksgerichte A. das Gantverfahren eingeleitet wurde, bezieht zufolge Erkenntnisses dieses Gerichtes aus den Revenüen des Gräfl. F.'schen Fideikomißvermögens für sich und seine Familie durch das gräfl. Rentamt St. eine in monatlichen Raten zahlbare jährliche Kompetenz von 1200 fl. Laut Urkunde vom 9. August 1871 verkaufte der Gemeinschuldner diese Kompetenz für das Jahr 1872 vom 1. Januar dieses Jahres anfangend an Heinrich D. in U. und bekannte, den Betrag baar empfangen zu haben. Nachdem jedoch der Graf F. im Früjahr 1872 wegen Verschwendung entmündigt worden war, wurde von dem ihm bestellten Kurator die Rechtsbeständigkeit der Cession der Kompetenz bestritten, und wurde dieß auf erhobene Klage des D. damit zu begründen gesucht, daß die Kompetenz als ein nach den individuellen Verhältnissen des Gemeinschuldners sich richtender Anspruch auf Alimentation an dessen Person geknüpft und zum Unterhalt seiner Person und seiner aus Gattin und einem Kinde bestehenden Familie bestimmt, dieselbe somit ein höchst persönliches Recht und unübertragbar sei. Die Einrede wurde als unbegründet verworfen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: Will man auch die dem Inhaber eines standesherrlichen oder ritterschaftlichen Fideikomißgutes in dem gegen ihn eingeleiteten Gantverfahren ausgesetzte Kompetenz, welche in Wahrheit nur in der Belassung eines Theiles der Revenüen besteht, auf gleiche Stufe mit gewöhnlichen Alimenten stellen, so ist trotz dem das den Klagegrund bildende Rechtsgeschäft ein vollkommen giltiges. So gewiß nämlich der Anspruch auf Alimentation als ein höchst persönliches Recht unübertragbar ist, ebenso gewiß kann die Einhebung der auf Grund dieses Rechtes nach den Verhältnissen des zu Alimentirenden fest-

Bd. XIII. S. 152 Note 3.

gesetzten Reichnisse einem Dritten übertragen werden, wenn und soweit nur die Leistung hiedurch nicht eine andere wird.[1] Letzteres trifft hier, wo es sich von einer fixirten

---

[1] Schmid, Cession Thl. II. S. 287; Puchta, in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 642 Note 12; Seuffert, Pand. §. 299 Note 7; Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse §. 323. „Forderungen deren Geltendmachung an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist, oder deren Inhalt durch die Geltendmachung seiten eines Andern als des ursprünglichen Gläubigers eine Aenderung erleiden würde, können nicht veräußert werden." Protokolle der Dresdener Obligationenrechtskommission Bd. II. S. 957—959, 1082, 1083; Bd. VI. S. 4198, 4199; vergl. auch Bd. III. S. 2276—2280, 2431, 2432; grh. hessischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Abth. IV., Buch 1 §. 265 „Jede Forderung ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund kann Gegenstand der Abtretung sein, es sei denn 1) daß die Geltendmachung derselben an eine besondere, nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft wäre, oder 2) daß der Inhalt der Forderung verändert würde, wenn solche von einem andern als dem ursprünglichen Gläubiger geltend gemacht werden sollte." Motive S. 139, 140; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Thl. I. Art. 146 „Die Abtretung einer Forderung ist unzuläßig, wenn die Geltendmachung derselben an eine besondere unübertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist, oder wenn der Inhalt der Forderung durch die Geltendmachung derselben von Seite eines Dritten verändert würde. Demgemäß kann insbesondere der Anspruch auf Alimentation als solcher nicht abgetreten werden; ebensowenig sind die auf Leistung von Diensten oder die Ueberlassung des Gebrauches oder des Fruchtgenusses einer Sache gehende Forderungen als solche ohne die Einwilligung des Schuldners abtretbar. Inwiefern die Ausübung des bestellten Gebrauches oder Fruchtgenusses einer Sache abgetreten werden kann, ist an andern Orten des Gesetzbuches bestimmt." Motive S. 98, 99; K. Sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 966 „Setzt eine Forderung zu ihrer Geltendmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Berechtigten voraus, oder würde deren Inhalt durch Leistungen an einen Andern geändert, so ist deren Abtretung unzuläßig." Züricher bürgerl. Gesetzbuch §. 1029 „Forderungen, welche ihrer Natur nach nur einer bestimmten Person individuell zustehen, sind nicht übertragbar, z. B. Forderungen auf persönliche Dienstleistungen und Alimente, oder auf Genugthuung wegen Injurien"; österreichisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1393 „Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr

Geldleistung, welche ihrer Natur nach weder an die Person des Gläubigers überhaupt, noch an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft desselben geknüpft ist, nicht zu. Aus dem Zwecke aber, zu welchem die Leistung erfolgt, deren Unübertragbarkeit abzuleiten, ist schon deßhalb unzuläßig, weil dieser Zweck für den zu Alimentirenden ebenso gut durch Verwerthung des Rechtes auf Einhebung der festgesetzten Reichnisse sich verwirklichen läßt.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Januar 1873 in der Berufungssache der Kuratel des Grafen F. c. D.

4) Verträge Minderjähriger; Haftung derselben im Falle der Bereicherung, Beweislast.

Nach den bei uns für Minderjährige überhaupt geltenden Grundsätzen des römischen Rechtes über die Haftung des Pupillen kann der Minderjährige aus Verträgen, welche er ohne Zustimmung seines Vormunds abgeschlossen hat, nur bis zum Belaufe der Bereicherung in Anspruch genommen werden.[1] Und zwar muß diese Bereicherung noch zur Zeit der Streitbefestigung, nach den Grundsätzen unseres jetzigen Prozeßrechtes aber (Civilprozeßordnung Art. 328 325) zur Zeit der Klagzustellung mit der den Prozeß einleitenden Verfügung vorhanden sein. Es hat daher Derjenige, welcher aus einem solchen Vertrage klagend gegen den Minderjährigen auftritt, die Bereicherung des Letzteren als den Klagegrund zu behaupten und nachzuweisen. Hiebei fragt es sich dann, ob zur Begründung des Anspruchs des Klägers die Behauptung und der Beweis, daß das Vermögen des Minderjährigen vermehrt

---

erlöschen, können nicht abgetreten werden", vergl. Stubenrauch, das allg. bürgerl. Gesetzbuch Bd. III. S. 627; preußisches Landrecht Thl. I., Tit. 11 §. 382 „Alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, können Andern abgetreten werden."

[1] Württ. Archiv Bd. XII. S. 389 u. die dort zitirten Gesetzesstellen.

worden sei, genügt und der Beklagte seiner Seits einredeweise darzuthun hat, daß diese Vermögensvermehrung nicht mehr bestehe, oder aber ob dem Kläger die Fortdauer der Bereicherung zur Zeit der Streitbefestigung, beziehungsweise der Klagezustellung zu beweisen obliegt. Aus den Gesetzen läßt sich nun dafür, was zur Begründung des Anspruchs aus der Bereicherung des Minderjährigen in der angeführten Richtung erforderlich sei, Nichts entnehmen. Denn dieselben sagen nur, daß es bei der Haftung des Pupillen aus den von ihm ohne Zustimmung seines Vormunds eingegangenen Rechtsgeschäften darauf ankomme, ob derselbe zur Zeit der Streitbefestigung bereichert sei. Z. B. l. 37 pr. D. de neg. gestis (3,5); l. 34 pr. D. de min. (4,4). Dieß kann aber sehr wohl so verstanden werden, daß der Pupill aus der eingetretenen Bereicherung dann nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn er behauptet und nachweist, daß zur Zeit der Streitbefestigung die Bereicherung aufgehört habe. Dagegen sprechen für die Ansicht, daß Kläger nur den Eintritt der Bereicherung, der Beklagte aber das Aufhören der letzteren zu beweisen habe, schon Billigkeitsgründe, da es dem Kläger zwar nicht schwer fallen wird, solche Thatsachen zu beweisen, aus welchen sich die Vermehrung des Vermögens des Beklagten ergibt, wohl aber die Fortdauer derselben bis zu einem späteren Zeitpunkte darzuthun, während auf der andern Seite der Beklagte leicht in der Lage sein wird, zu beweisen, daß infolge später eingetretener Thatsachen die Bereicherung nicht mehr bestehe. Sodann steht jene Ansicht in Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast bei der condictio sine causa, als welche sich die erhobene Klage darstellt. Der Anspruch auf Erstattung des auf ungerechtfertigte Weise in das Vermögen eines Andern Gekommenen ist nämlich begründet mit dem Eintritt der Vermehrung des Vermögens des Letzteren und bleibt so lange bestehen, als der Beklagte nicht nachzuweisen vermag, daß diese Vermögensvermehrung wieder weggefallen

sei,[2] obwohl die Bereicherung, auf deren Herausgabe jene Kondiktion gerichtet ist, nach den Gesetzen noch zur Zeit der litis contestatio vorhanden sein muß — l. 7 pr. D. de don. inter vir. et. ux. (24, 1.).[3] Nicht abzusehen ist aber, warum bei der Haftung des Minderjährigen auf Grund der Bereicherung andere Grundsätze über die Beweislast gelten sollten, als bei der condictio sine causa, da doch der Begriff der Bereicherung bei dem Minderjährigen ganz derselbe ist, wie bei der den Gegenstand der erwähnten Klage bildenden Bereicherung überhaupt.[4] Ferner kommt gerade der Umstand, daß nach den Gesetzen die Streitbefestigung der entscheidende Zeitpunkt für die Bereicherung sein soll, für diese Ansicht in Betracht. Denn da zwischen der Klage und der Streitbefestigung ein längerer Zwischenraum in der Mitte liegen kann, so ist dem Kläger nicht zuzumuthen, zur Begründung seiner Klage zu behaupten, daß die Bereicherung des Beklagten zu dem späteren Zeitpunkte der Streitbefestigung noch vorhanden sei. Kann aber diese Behauptung vernünftiger Weise nicht zur Klagebegründung gehören, so erscheint der Kläger auch nicht als beweispflichtig für dieselbe. Von dieser Ansicht über die Vertheilung der Beweislast bei der Klage aus der Bereicherung gegen den Minderjährigen ist das Obertribunal bereits in einer früheren Entscheidung ausgegangen.[5]

Entscheidung des Obertribunals vom 15. November 1872 in der Nichtigkeitsklagsache Föhr c. Friedland.

5) Verträge zwischen dem Hausvater und dem Hauskinde.

Das Landrecht Thl. II. Tit. 28 §. 5 bestimmt, daß

---

[2] Savigny, System Bd. IV. S. 163, 177; Sintenis, Civilrecht Bd. II. §. 109 bei u. in Note 103; Seuffert, Pand. §. 439 Note 16.

[3] Sintenis, Civilrecht Bd. II. §. 109 Note 95 vergl. mit §. 102 Note 86 a. E.

[4] Savigny, System Bd. IV. S. 72 Note 9.

[5] Württ. Archiv Bd. XII. S. 388 ff.

kein Vater mit seinem Sohne, den er in seiner Gewalt habe, einen verbindlichen Vertrag abschließen dürfe, „es geschehe denn mit Unserer Amptleut und Gericht vorgehender erkenntnus." Da diese Bestimmung weder durch ein Gesetz, noch durch Gewohnheitsrecht aufgehoben worden ist, so muß sie noch jetzt als giltig angesehen werden. Denn der Umstand, daß dieselbe im Anschluß an die Grundsätze des römischen Rechtes über die väterliche Gewalt und die aus dieser abgeleitete sog. Personeneinheit zwischen Hausvater und Haussohn getroffen worden ist, und daß nach dem heutigen gemeinen Rechte Rechtsgeschäfte zwischen dem Hausvater und Hauskind überhaupt giltig sein sollen,[1] vermag die Fortdauer der Giltigkeit jener landrechtlichen Bestimmung nicht zu alteriren, da mit dem Aufhören des Grundes eines Gesetzes dieses nicht von selbst außer Kraft tritt. Davon, daß die gedachte Vorschrift des Landrechtes noch jetzt in Wirksamkeit ist, geht auch die K. Verordnung vom 19. Juni 1808 aus, welche in §. 17 diese Vorschrift anführt und bestimmt, daß an Orten, wo keine Gerichte seien, die Beurtheilung der hier einschlagenden Fälle und die Ertheilung des erforderlichen Erkenntnisses den Ortsmagistraten überlassen werde.[2] Wenn das Notariatsgesetz jener Vorschrift und der Behörde, welche das gerichtliche Erkenntniß zu ertheilen habe, nicht erwähnt, so kann hieraus Nichts gegen die Geltung der Landrechtsbestimmung abgeleitet werden, da jenes Gesetz keine Veranlassung hatte, sich in der gedachten Richtung auszusprechen, vielmehr sich in Art. 1 begnügte, im Allgemeinen die seitherige Berechtigung des Gemeinderathes zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also insbesondere auch in dem durch die

---

[1] Zu vergl. dagegen: Arndts, Pand. §. 435, 436; Puchta, Pand. §. 438; Vangerow, Pand. Bd. I. §. 237 Anm. 2; Sintenis, Civilrecht Bd. III. §. 142; Seuffert, Archiv Bd. VII. Nro. 195, Bd. IX. Nro. 44, 309; Bd. XV. Nro. 30; Bd. XXVI. Nro. 138.

[2] Reg.-Blatt S. 326.

zit. Verordnung von 1808 festgesetzten Umfange, zu sanktioniren. Deßgleichen ist von sämmtlichen württembergischen Schriftstellern [3] und von der Gerichtspraxis, [4] insbesondere auch von dem Obertribunal in mehreren Entscheidungen, die fortdauernde Giltigkeit der fraglichen Gesetzesbestimmung anerkannt. Wenn sodann der zit. §. 5 von Verträgen des Hausvaters mit dem Haussohne spricht, so ist derselbe gleichwohl auch auf Verträge des Hausvaters mit der Haustochter zu beziehen, da sich ein vernünftiger Grund, aus welchem letztere Verträge nicht unter die fragliche Gesetzesbestimmung fallen sollten, nicht denken läßt. Dieser Auslegung der Landrechtsstelle, deren Ausdrucksweise hienach als eine konkrete anzusehen ist, steht auch nicht die Bemerkung der Haug'schen Relation zu dem fraglichen Paragraphen entgegen, daß derselbe „allein" von Vater und Sohn rede. [5] Denn es soll damit eben der Gegensatz zu andern Verwandten, als Vater und Kindern, angedeutet werden. Der §. 5 verbietet im Allgemeinen die Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Hausvater und Hauskind ohne hinzutretendes gerichtliches Erkenntniß und unterscheidet hiebei nicht, ob bei Abschluß des Geschäftes dem Kinde ein Vormund beigeordnet ist oder nicht, während er doch, falls im ersteren Falle die Anwendung der fraglichen Gesetzesbestimmung hätte ausgeschlossen werden wollen, dies ausdrücklich hätte hervorheben müssen. Denn wenn der Vormund des Kindes mit dem Vater kontrahirt, so ist es nicht so anzusehen, wie wenn ein Dritter mit dem Vater zu Gunsten des Kindes kontrahiren würde, vielmehr kontrahirt dieses selbst und ist hiebei nur wegen seiner beschränkten

---

[3] **Griesinger**, Komm. Bd. IV. S. 1128 ff.; **Reinhardt**, Komm. Bd. I. S. 376; **Weishaar**, württ. Privatrecht Bd. I. §. 248; **Reyscher**, württ. Priv.-Recht Bd. III. §. 603; **Wächter**, Vorlesungen zum württ. Priv.-Recht; **Römer** deßgl. §. 177.

[4] **Tafel**, Civilrechtsspr. Bd. IV. S. 168 ff.; Notar. Zeitschrift von 1861 S. 107.

[5] Landrechtsakten S. 238.

Handlungsfähigkeit durch einen Dritten vertreten. Sodann wäre es im Allgemeinen überflüssig gewesen, Verträge des Hausvaters mit dem minderjährigen Hauskind nur dann zu verbieten, wenn dieses hiebei nicht durch einen Vormund vertreten ist, da derartige Verträge jedenfalls für das Kind nicht verbindlich sind. Dazu kommt, daß durch die Aufstellung eines Vormunds für ein Hauskind das Verhältniß desselben zu seinem Vater, welches durch die väterliche Gewalt begründet wird, keine Aenderung erleidet, der Grund der Landrechtsbestimmung aber lediglich das besondere, durch die väterliche Gewalt geschlossene Rechtsverhältniß ist. Es kann nämlich nicht angenommen werden, daß durch die Bestellung eines Vormundes zum Zwecke des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes des Hauskindes mit dem Hausvater ersteres aus der väterlichen Gewalt auch nur zeitweilig entlassen wird. Denn eine solche Absicht liegt hiebei dem Vater ferne, vielmehr soll eben eine Vertretung für das nicht handlungsfähige Kind geschaffen werden. Auch ist unserem Rechte eine derartige stillschweigende Emanzipation nicht bekannt. Ferner ergibt sich schon aus dem Wortlaute des §. 5, welcher den Ausdruck „verbieten“ gebraucht, daß der Mangel des gerichtlichen Erkenntnisses nicht etwa blos das Hauskind berechtigt, das Geschäft als ungiltig anzufechten, der Vater dagegen gebunden ist, wenn das Kind letzteres gelten lassen will, daß vielmehr die Vorschrift des Landrechtes eine absolut gebietende ist und ihre Nichtbeobachtung daher Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich zieht. Für letzteres spricht auch, daß, wie schon mehrfach hervorgehoben worden ist, nach der Haug'schen Relation [6] die Bestimmung des §. 5 durch die aus der väterlichen Gewalt abgeleitete Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskind oder richtiger Vermögensunfähigkeit des Letzteren veranlaßt worden ist, diese aber zu der

[6] Landrechtsakten S. 238.

Konsequenz eines für beide Kontrahenten ungiltigen Vertrages führt.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. September 1872 in der Berufungssache Besenfelder c. Riedlinger.

6) Verkauf einer persönlichen Apothekekonzession.

Der Apotheker B. in L., welcher seit dem Jahr 1845 auf den Grund einer ihm verliehenen persönlichen Konzession eine Apotheke in L. betrieb, verkaufte am 17. Dezember 1864 an die Ehefrau des Apothekers Sch. mit Zustimmung ihres Ehemanns sein Haus, in welchem bis dahin die Apotheke betrieben worden, nebst Garten um die Summe von 12,000 fl. Diese 12,000 fl. sind von der Sch.'schen Ehefrau bezahlt worden. Es wurde jedoch in dem Kaufvertrage Ziff. VI. weiter bestimmt, daß der Ehemann der Käuferin als selbstständiger Verwalter der Apotheke beim Verkäufer auf dessen Lebzeiten oder insolange eintrete, bis die K. Kreisregierung zu Gunsten des Käufers eine Verfügung getroffen habe und finde die Uebernahme der verantwortlichen Leitung des Geschäftes nach Genehmigung der K. Aufsichtsbehörde statt. Ferner heißt es in der Kaufvertragsurkunde Ziff. VII: „Käufer und Verkäufer einigen sich, die zum Betriebe der Apotheke gehörigen Einrichtungen, Vorräthe, Apparate u. s. w. für die Summe von 12,000 fl. anzuschlagen und macht sich Käufer verbindlich, wenn seiner Zeit die persönliche Konzession auf ihn oder einen Andern übergehe, diese Summe in angemessenen Raten zu bezahlen." Der Kaufvertrag wurde durch das Oberamt und das Oberamtsphysikat der K. Kreisregierung mit dem Anfügen vorgelegt, daß Apotheker B. wegen vorgerückten Alters und Kränklichkeit seine Gewerbebefugniß durch Sch. als Verwalter ausüben lassen wolle, worauf die K. Kreisregierung durch Erlaß vom 24. Febr. 1865 reskribirte, daß sie gegen Bestellung des Sch. zum Verwalter der Sch.'schen Apotheke Nichts zu erinnern habe, der Verkauf des B.'schen Hauses an Sch. aber nur unter der Bedingung gestattet

werden könne, daß das Verbleiben der Apotheke im Hause gesichert sei, welches Verbleiben dann als vertragsmäßig gesichert angezeigt wurde. In weiteren Erlassen der Kreisregierung vom 26. Juli 1865 und 5. Oktober 1865 wurde wiederholt betont, daß Sch. nur als Verwalter des verantwortlichen B. die Apotheke betreiben dürfe und auch später wurde Sch. nur als Verwalter des B. behandelt und es wurde das Verhältniß auch der Kreisregierung gegenüber von Sch. und B. stets so dargestellt. Thatsächlich wurde jedoch die Apotheke von Sch. auf eigene Rechnung betrieben und von B. wurden nur die Zinse aus den für die Apothekeeinrichtung stipulirten 12,000 fl. bezogen. Im J. 1871 endete aber dieses Verhältniß dadurch, daß auf gegen Sch. erhobene Klagen von Seiten des Publikum die Kreisregierung den Apotheker B. zur Entlassung des Sch. aufforderte und jener schließlich in Folge dessen auf seine Konzession verzichtete, worauf die Apothekekonzession zu L. an einen Dritten wiederverliehen wurde. B. machte nun geltend, daß hiemit die Voraussetzung der Verbindlichkeit zur Bezahlung der weiteren 12,000 fl. eingetreten sei und erhob dießfalls Klage gegen die Sch.'sche Ehefrau. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Der Vertrag in Ziff. VI. u. VII. der Urkunde vom 17. Dezember 1864 stellt sich als ein Kaufvertrag dar, welcher neben der Apothekeeinrichtung das Recht zur Ausnützung der Konzession des Klägers auf dessen Lebenszeit zum Gegenstande hat. Schon die Erklärung des Klägers bei den Kaufsunterhandlungen, er verkaufe seine Apotheke, Haus und Einrichtung um 24,000 fl. deutet darauf hin. Hiezu kommt die Bestimmung der Ziff. VI., daß der Ehemann der Beklagten, falls nicht früher eine Verfügung zu seinen Gunsten von der K. Kreisregierung getroffen werde, auf Lebenszeit des Klägers bei demselben als selbstständiger Verwalter eintrete, in Verbindung mit der dem Vertrage nachgefolgten Uebung, nach welcher die Apotheke auf Rech-

nung und Nutzen der Sch.'schen Eheleute betrieben worden ist, woraus sich ergibt, daß in Wirklichkeit nicht, wie dieß in der Vertragsurkunde darzustellen versucht wird, die Verwaltung der Apotheke des Klägers durch Sch., sondern die Ausübung der Konzession des Klägers durch den Ehemann der Beklagten beabsichtigt worden ist, sowie daß der Kläger sich verpflichtet hat, diese Ausübung und die Ausnützung seiner Konzession zum Vortheil der Sch.'schen Eheleute und durch den Ehemann der Beklagten auf die Dauer seines Lebens zu gestatten. Ist es schon hienach kaum anders denkbar als daß diese Zugeständnisse des Klägers an die Sch.'schen Eheleute von dem Kläger nicht ohne Entgelt gemacht worden sind, so kann darüber, daß die Ausnützung der Konzession des Klägers neben der Apotheke-einrichtung ein Gegenstand des Kaufes war, ein Zweifel nicht bestehen, wenn man den grellen Widerspruch beachtet, in welchem der Kaufpreis von 12,000 fl. mit dem im Juni 1872 erzielten Erlös von 2819 fl. 39 kr. steht, mag man auch unterstellen, daß ihr Werth zur Zeit des Vertrags vom 17. Dezember 1864 etwas höher gewesen.

Dem Kläger war nur die persönliche Konzession zum Betriebe einer Apotheke in L. ertheilt. Der Verkauf einer solchen persönlichen Berechtigung an einen Dritten ist nach dem Wesen derselben nicht möglich und nach den gesetzlichen Bestimmungen, welche gewisse, im öffentlichen Interesse gelegene, Voraussetzungen der Konzessionsertheilung aufstellen, unstatthaft. Nach §. 11 der K. Verordnung vom 4. Januar 1843 ist zwar die Verpachtung einer Apotheke gestattet, aber nur in den bestimmten dort angeführten Fällen und nur nach vorgängiger Anzeige der Beweggründe und der näheren Bestimmungen des Pachtvertrages bei der Kreisregierung, welche von Aufsichtswegen zu prüfen hat, ob der Vertrag nicht in medizinalpolizeilicher Beziehung Grund zur Besorgniß einer Vernachtheiligung des Publikums biete (§. 16 der Ministerialverordnung vom 30. Mai 1843). Der Verkauf der Ausübung und Ausnützung einer

Konzession ist nichts Anderes, als eine Umgehung dieser Vorschriften. Der Kläger macht zwar geltend, der Vertrag sei der K. Kreisregierung vorgelegt und von ihr bestätigt worden. Allein er ist nur in der Form, in welche ihn die Kontrahenten gekleidet haben, nicht seinem wahren Inhalt nach vorgelegt worden, und es ist augenscheinlich aus keinem andern Grunde und zu keinem andern Zwecke diese Form gewählt worden, als um die Aufsichtsbehörde über seinen wahren Inhalt zu täuschen. Dieser Zweck ist ferner auch erreicht worden, wie die Erlasse der Kreisregierung zeigen, sofern sie alle davon ausgehen, daß Sch. nur der Verwalter des Klägers sei. Und es ist nur eine weitere Bestätigung dafür, daß der Kläger neben der Apothekeeinrichtung auch die Ausübung und Ausnützung seiner Konzession verkauft hat, darin zu finden, daß er nicht nur von Anfang an den wahren, auf die Ausübung seiner persönlichen Konzession durch Sch. zum Vortheil der Sch.'schen Eheleute gerichteten Inhalt des Vertrages in Gemeinschaft mit den Letzteren verdeckt hat, sondern auch in der Folge und bis zum Ende der Aufsichtsbehörde gegenüber zu verdecken bemüht war, wie seine vorliegenden Erklärungen beweisen.

Der Vertrag in Ziff. VI. u. VII. der Urkunde vom 17. Dezember 1864 ist hienach, als auf die Umgehung von im öffentlichen Interesse gegebenen gesetzlichen Bestimmungen gerichtet, nichtig und unklagbar und er ist dieß, da alle seine Theile in untrennbarem Zusammenhang stehen, in seinem ganzen Umfang.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Januar 1873 in der Berufungssache Sch. c. B.

7) Fixgeschäft; Lieferungskauf auf Zeit.

Da beim Lieferungskauf auf Zeit oder Fixgeschäft die Leistung selbst durch die Zeit bedingt und an diese gebunden ist, so daß sie nach Ablauf derselben nicht mehr als Leistung gilt, so wird zum Vorhandensein eines solchen Lieferungsgeschäftes auf Zeit nach gemeinem Rechte, wie

nach Art. 357 des Handelsgesetzbuches die Verabredung erfordert, daß die Lieferung der Waare genau zu einer festbestimmten Zeit, weder früher noch später, oder genau binnen einer festbestimmten Frist und nicht später zu geschehen habe.[1] Die bloße Vereinbarung eines Lieferungstermins ist in Ermanglung eines maßgebenden Zusatzes an sich nicht genügend, um die Absicht der Kontrahirung eines Fixgeschäftes konstatiren zu können, da einem Vertrage eine Erfüllungszeit angehängt werden kann, ohne daß er ein Fixgeschäft sein soll, und es müßte wohl aus den den Vertrag begleitenden Umständen und Aeußerungen der Kontrahenten der Beweis geführt werden, daß die Intention derselben auf die unbedingte Lieferung der ganzen Waare innerhalb der bestimmten Frist, somit auf ein Fixgeschäft gerichtet war.[2]

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Oktober 1872 in der Berufungssache Heyd c. Schwarz.

8) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragschließenden in der Vertragsurkunde[3] bei Vertragsschließung durch eine Handelsgesellschaft.

Die Kaufleute Friedrich Koch und Anton Ehing hatten sich zum Betriebe einer offenen Handelsgesellschaft unter der Firma „Ehing und Koch“ mit einander verbunden. Während der Zeit des Bestehens dieser Handelsgesellschaft verkaufte Apotheker Bilfinger laut Eintrags in dem die Vertragsurkunde vertretenden Kaufbuch von „Anton Ehing, Kaufmann von Wurmlingen, und Friz Koch, Kaufmann von Ueberlingen, beide in Rottenburg wohnhaft“ ein Wohnhaus nebst weiterer Liegenschaft und es wurde der Vertrag

[1] Thöl, Handelsrecht Bd. I. S. 520; Hahn, Komm. Bd. II. S. 282, 278; Württ. Arch. Bd. IX. S. 408, 409, 405, 406.

[2] Hahn, a. a. O. S. 284, 285; Thöl, a. a. O.; Württ. Archiv a. a. O. S. 408.

[3] Dieses Archiv Bd. VI. S. 180 f.; Bd. X. S. 433 f.; Bd. XI. S. 156 ff.; Bd. XIV. S. 375 f.

im Kaufbuche unterzeichnet von „E. Bilfinger“, „A. Ehing“, und „F. Koch“. Ehing gerieth in Gant und es wurde nun Koch auf Bezahlung des gesammten Kaufschillings in Anspruch genommen, indem geltend gemacht wurde, daß der Kaufvertrag für die Gesellschaft „Ehing und Koch“ abgeschlossen worden sei, und daß, wenn auch beim Vertragsabschlusse diese Firma nicht gebraucht worden sei, sich doch aus den Umständen ergebe, daß das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft habe geschlossen werden sollen, woraus dann die Solidarhaft der beiden Gesellschafter von selbst folge. Das Gericht erster Instanz hat der Klagbitte entsprechend erkannt, indem es davon ausging, der Beweis, daß der Kaufvertrag nach dem Willen der Kontrahenten für die Handelsgesellschaft geschlossen worden sei (Handelsgesetzbuch Art. 114 Abs. 2), sei erbracht und es seien die Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 durch Art. 34 Abs. 6 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 13. August 1865 aufgehoben worden. Anderer Ansicht war das oberste Gericht und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Da Verträge über unbewegliche Sachen nach Art. 275 des Handelsgesetzbuches keine Handelsgeschäfte sind, so findet der Art. 317 des Handelsgesetzbuches, wonach bei Handelsgeschäften die Giltigkeit von Verträgen durch die schriftliche Abfassung derselben nicht bedingt ist, hier keine Anwendung. Es sind demgemäß für den vorliegenden Fall die Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes maßgebend, soweit solche nicht durch Art. 34 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche für Handelsgesellschaften außer Anwendung gesetzt sind.

Durch Art. 2 Ziff. a des Liegenschaftsgesetzes ist als wesentliches Erforderniß für die Giltigkeit eines Kaufvertrages über Liegenschaften vorgeschrieben, daß die Vertragsurkunde die Namen der Kontrahenten enthalten müsse. Der Name einer Handelsgesellschaft ist aber die Firma derselben; es muß daher, wenn eine Handelsgesellschaft Kontrahentin ist und als solche gelten soll, deren Firma-

Name in der Vertragsurkunde genannt sein. Hieran ist durch Art. 34 Abs. 6 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche Nichts geändert. Denn es ist durch die dort ausgesprochene Unanwendbarkeit des Art. 2 Abs. 2 des Liegenschaftsgesetzes auf Handelsgesellschaften nur gesagt, daß zur Giltigkeit eines solchen Vertrages die namentliche Nennung der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft nicht erforderlich sei; dagegen bleibt die Vorschrift des Art. 2 Ziff. a des Liegenschaftsgesetzes in Kraft und die eingetretene Aenderung besteht nur darin, daß durch die Nennung der Gesellschaftsfirma als Kontrahentin in der Vertragsurkunde die Vorschrift des Liegenschaftsgesetzes bezüglich der Namhaftmachung der Kontrahenten erfüllt wird und die einzelnen Gesellschafter nach Art. 34 Abs. 2 des Einführungsgesetzes nicht namentlich aufzuführen sind.

Wenn ferner nach dem angeführten Artikel des Einführungsgesetzes auch der Art. 3 des Liegenschaftsgesetzes — wonach beim Eintrag in die öffentlichen Bücher die nachträgliche Benennung anderer als der in der Vertragsurkunde genannten Kontrahenten nicht zu beachten ist — auf Handelsgesellschaften keine Anwendung finden soll, so ist auch diese Vorschrift für die Frage, was die Vertragsurkunde enthalten muß, um den Vertrag als giltig zu erkennen, ohne Erheblichkeit. Hiefür ist lediglich der nicht aufgehobene Art. 1 Ziff. a—d des Liegenschaftsgesetzes maßgebend, während die Bestimmungen des Art. 3 des Liegenschaftsgesetzes für Handelsgesellschaften durch Art. 34 Abs. 1—5 des Einführungsgesetzes ersetzt sind.

Nun bestimmt zwar der Art. 114 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches, daß die offene Handelsgesellschaft durch die von einem zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafter in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet werde und daß es genüge, wenn die Umstände ergeben, daß das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Allein abgesehen davon, daß dieser Fall hier nicht vorliegt, da

sämmtliche Gesellschafter unter ihrem eigenen Namen gehandelt haben, kann die besagte Bestimmung nur insoweit gelten, als die durch das Handelsgesetzbuch hier nicht berührten Formvorschriften des Liegenschaftsgesetzes nicht entgegenstehen. Sind diese wesentlichen Formvorschriften nicht beobachtet, ist nicht die Gesellschaft unter ihrer Firma in der Vertragsurkunde benannt, so ist es unerheblich, ob der Vertrag im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden wollte oder nicht.

Die Motive zu dem Entwurfe des Einführungsgesetzes bemerken zu Art. 28 des Entwurfes (Art. 34 des Gesetzes): „wie eine Handelsgesellschaft unter ihrer Firma in den Vertragsurkunden über Liegenschaftsveräußerungen und in den Kaufbüchern mit Wirkung für alle Gesellschafter als Kontrahentin bezeichnet werden könne, so müsse es auch gestattet werden, daß das zum Vermögen einer Handelsgesellschaft gehörende Grundeigenthum u. s. w. unter ihrer Firma, also auf den Kollektivnamen der Gesellschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen werde."

Hiernach gehen auch die Gesetzes-Motive davon aus, daß die Handelsgesellschaft, wenn sie kontrahire, in der Vertragsurkunde unter ihrer Gesellschaftsfirma als Kontrahentin benannt werden müsse.

Dieß ist in vorliegendem Falle nicht geschehen, vielmehr sind in der Vertragsurkunde nur die Personen der Gesellschafter als Käufer benannt und unterzeichnet und nur sie, nicht aber die Gesellschaft, sind vermöge der Formvorschriften des Liegenschaftsgesetzes dem Verkäufer gegenüber als Kontrahenten anzusehen. Hienach erscheint der Anspruch auf Solidarhaftung des Beklagten als Gesellschafters aus einem Namens der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage (Art. 112 des Handelsgesetzbuches) durch den Inhalt der Vertragsurkunde, aus welcher der Kläger sein Recht herleitet, ausgeschlossen.

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Februar 1873 in der Berufungssache Koch c. Bilfinger.

9) Mäklervertrag.

Daß der Mäkler sich von beiden Parteien eine Belohnung versprechen läßt, ist mit dem Verhältnisse eines Mäklers und seiner Stellung als eines Vermittlers zwischen beiden Parteien keineswegs unverträglich.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. September 1872 in der Berufungssache Rey c. Aich.

10) Vertrag der Mutter eines unehelichen Kindes über dessen Alimentation und Versorgung mit dem Vater desselben.

Die Mutter eines unehelichen Kindes hatte mit dem Vater desselben einen Vertrag betreffs der Ernährung und Versorgung des Kindes geschlossen, wonach der Vater als Beitrag zur Alimentation des Kindes bis zu dessen 14. Lebensjahre monatlich 5 fl. und nach Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes zu dessen Versorgung 400 fl. zu bezahlen versprach. Die Alimente wurden unweigerlich bezahlt, an den weiter zu bezahlenden 400 fl. blieb aber der Vater mit 260 fl. im Rückstand und auf die von dem inzwischen volljährig gewordenen Kinde erhobene Klage wandte derselbe ein, daß die Mutter der Klägerin den in Frage stehenden Vertrag zu Gunsten derselben mit rechtlicher Wirkung nicht ohne Zustimmung eines waisengerichtlich zu bestellenden Pflegers habe schließen können. Dieser Einwand wurde verworfen. Zwar, sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, kann nach Art. 28 des Gesetzes vom 5. September 1839 die uneheliche Mutter eine Klage auf Reichung von Alimenten an das uneheliche Kind nur in Verbindung mit dem Pfleger des Kindes gegen dessen Vater erheben. Allein ein Vertrag der Mutter mit dem Vater des unehelichen Kindes, wonach die Mutter gegen einen bestimmten Abtrag die ausschließliche Ernährung des Kindes übernimmt, ist darum nicht ungiltig, sondern nach der Bestimmung des Landrechtes Thl. IV. Tit. 18 §. 4 nur für das Kind nicht unbedingt verbindlich und seinen

Rechten unnachtheilig. Der Vater wird aber durch einen solchen Vertrag rechtlich verpflichtet und kann sich dieser seiner rechtlichen Verpflichtung nicht darum entziehen, weil kein Pfleger des Kindes bei dem Vertrage mitgewirkt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 2. September 1871 in der Nichtigkeitsklagsache Bauer c. Krumbacher.

11) Leibrentenvertrag.

Die Peter Kraft'schen Eheleute verkauften an zwei ihrer vier Söhne je die Hälfte ihres bäuerlichen Anwesens, wobei sie für sich selbst den Wohnsitz im Hause und die Verabreichung eines Leibgedings vorbehielten, deßgleichen für die unverheiratheten zwei Söhne einen Wohnsitz stipulirten und im Anschluß an diese Verfügung in beiden Kaufverträgen wegen der Verpflegung des blödsinnigen Sohnes Heinrich für die Zeit nach dem Ableben der Eltern in der Art Fürsorge trafen, daß die Gutskäufer die vollständige Verpflegung ihres Bruders bis zu seinem Ableben übernahmen, wofür ihnen, beziehungsweise ihren Wittwen und Kindern, als Gegenleistung die Nutznießung des ihrem Bruder dereinst zufallenden elterlichen Vermögens und nach seinem Tode die Ueberlassung des Grundstocks desselben zugesagt wurde. Diese Vereinbarungen wurden nach dem Tode der Eltern von der Pflegschaft des blödsinnigen Heinrich Kraft als rechtlich unverbindlich angefochten, da die fraglichen Rechtsgeschäfte als Disposition von Todeswegen aufzufassen seien und als solche nicht zu Recht bestehen können, eventuell Restitution begründet wäre. Von dem Obertribunal wurde jedoch jene Auffassung sowohl als die nachgesuchte Restitution nicht als begründet erkannt und es ist dießfalls aus den Entscheidungsgründen Folgendes auszuheben:

Das Institut der Leibrenten- oder Alimentationsverträge besteht längst in anerkannter Giltigkeit und ist namentlich auf dem Lande eingebürgert, wo vielfach das

ganze gegenwärtige oder auch zukünftige Vermögen gegen lebenslängliche Verpflegung einem Dritten überlassen wird.[1] Haben auch solche Verträge in Fällen der letztgenannten Art Aehnlichkeit mit den Erbverträgen, so sind sie doch mit diesen durchaus nicht identisch, sie gehören vielmehr zu den obligatorischen Verträgen, also zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden.[2] Als solche Leibrenten- oder Ernährungsververträge sind die Vereinbarungen in Frage nach den ausdrücklichen Erklärungen der Kontrahenten, wie nach dem ganzen Gegenstand und Zwecke des Geschäftes zu betrachten. In den Vertragsurkunden wird wiederholt gesagt, der Sohn Heinrich sei von den Gutskäufern lebenslänglich „um sein Vermögen zu verpflegen." Die Käufer werden als Rentengeber bezeichnet und in dem von den Männern unterzeichneten Protokolle über die Ertheilung der gemeinderäthlichen Erkenntnisse sind die betreffenden Geschäfte geradezu Leibrentenverträge genannt. Gegen die Annahme, als ob letztwillige Verfügungen hätten getroffen werden wollen,[3] kommt ferner in Betracht, daß die Vereinbarungen mit Liegenschaftskaufverträgen verbunden, daß die bekannten Formen und die gerichtliche Ausdrucksweise für letztwillige Verfügungen nicht angewendet wurden, daß insbesondere nirgends gesagt oder auch nur angedeutet ist, die Gutskäufer sollen den Nachlaß ihres Bruders als dessen (vertragsmäßige oder testamentarische) Erben erhalten. Hätte auch der Zweck des Geschäftes nicht blos durch den Abschluß von Leibrentenverträgen, sondern auch auf dem Wege

---

[1] Mittermaier, deutsches Privatrecht Bd. II., §. 301 Ziff. 5, S. 81; Koch, Recht der Forderungen Bd. III., S. 706 ff.; Bolley, Betrachtungen S. 176 ff.; Weishaar, württ. Privatrecht §. 1198 ff.; Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 52 Ziff. 5.

[2] Bolley, Entwürfe von Gesetzen (über Erbverträge) von 1835 S. 247 Art. 18, Motive S. 310, 311; Entwurf eines Gesetzes über Erbverträge (von 1840) Art. 18, 19. Motive S. 69.

[3] Windscheid, Pand. §. 69; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II., S. 637.

letztwilliger Verfügungen möglicher Weise erreicht werden können, so stund es doch den Betheiligten frei, den einen oder andern Weg nach ihrem Ermessen zu wählen,[4] und wenn man bei der Unterstellung, daß letztwillige Verordnungen haben getroffen werden wollen, zu dem Resultate gelangt, daß diese aus den verschiedensten formellen und materiellen Gründen hinfällig wären, so muß die Auffassung, daß die Betheiligten trotz ihrer ausdrücklichen gegentheiligen Kundgebungen doch nichts Anderes als letztwillige Verordnungen im Auge gehabt haben können, um so mehr Bedenken erregen.

Daraus, daß die elterliche Erbschaft dem Heinrich Kraft zur Zeit des Abschlusses der Verträge noch nicht angefallen war und daß dieselbe nach erfolgtem Anfall bis zum Tode des Heinrich Kraft als dessen eigenes Vermögen behandelt werden solle, läßt sich kein Argument gegen die Annahme ableiten, daß man Leibrentenverträge habe abschließen wollen. Denn es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß eine Person oder deren Vertreter einen Ernährungsvertrag in der Art abschließt, daß dem Mitkontrahenten als Gegenleistung für lebenslängliche Verpflegung auf die Zeit der Lebensdauer des zu Alimentirenden die Nutznießung und auf dessen Ableben der Grundstock einer für ihn in Aussicht stehenden Erbschaft zugesichert wird. Wenn sodann auch die verpflichtende Wirkung der Verträge dadurch bedingt war, daß der Sohn Heinrich seine Eltern überleben werde, so ist auch dieß eine mit einem Ernährungsvertrag ganz vereinbare Vertragsbestimmung. Von einer unentgeltlichen (lukrativen) Erwerbung der Gutskäufer kann ebensowenig die Rede sein, wenn man beachtet, daß dieselben die lebenslängliche gute Ernährung, Wart und Pflege ihres blödsinnigen Bruders mit allen sich hieran knüpfenden Eventualitäten übernommen haben, und daß, wenn die

---

[4] Vrgl. Wächter, a. a. O. S. 774; Weishaar, württ. Privatrecht §. 1280.

beiden Gutskäufer vor ihrem Bruder ohne Hinterlassung von Kindern sterben, deren Wittwen nur die Hälfte des Vermögens des Pfleglings erhalten sollen.[5] Aus dieser letzteren Bestimmung sodann ergibt sich zwar, daß die Eltern ihren Söhnen und Enkeln für die Verpflegung des Heinrich Kraft mehr zukommen lassen wollten, als ihren Schwiegertöchtern, allein derartige Rücksichten für die nächsten Angehörigen und Erben kommen auch bei andern Rechtsgeschäften unter Lebenden, z. B. bei Vermögensübergaben und Schenkungen vor, begründen aber noch nicht die Schlußfolgerung, daß deßhalb das Geschäft unter die letztwilligen Verfügungen (beziehungsweise Erbverträge) zu zählen sei.[6]

Läßt sich hienach mit Grund nicht bezweifeln, daß die in Rede stehenden Geschäfte rechtlich als Leibrentenverträge aufzufassen sind, mit deren Abschluß die Rentengeber sofort ein bedingtes Recht — namentlich auf die Nutznießung des elterlichen Vermögens des Pfleglings noch während der Lebenszeit desselben erlangen sollten — so kann auch weiter daraus, daß der Rentenempfänger nicht selbst kontrahirt hat, keine Einwendung gegen den Rechtsbestand der Verträge entnommen werden. Offenbar haben hiebei die Eltern zum Besten und im Namen ihres handlungsunfähigen Sohnes gehandelt und sie waren hiezu auch berechtigt. Denn der Sohn Heinrich stund ungeachtet seiner Volljährigkeit noch in der häuslichen Gewalt seines Vaters, welcher zugleich sein gesetzlicher Vormund war;[7] der Hausvater, beziehungsweise Vormund hat aber die Befugniß, nicht blos verpflichtende Verträge überhaupt, sondern auch Veräußerungsgeschäfte für seinen handlungsunfähigen Sohn

---

[5] Vergl. auch Seuffert Archiv, Bd. IV. Nr. 137, Bd. VIII. Nr. 244, Bd. XIX. Nr. 29, 133; Civilprozeßordnung Art. 661.

[6] Vergl. Bolley, über Vermögensübergaben §. 1; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II. S. 618, 620.

[7] Windscheid, Pand. §. 432 Note 5; Seuffert, Pand. §. 492 Note 4.

abzuschließen. Daß diese Befugniß in vorliegendem Falle dem Vater deßhalb nicht zugekommen, weil die Ernährungsverträge erst nach dem Ableben der Eltern in Wirksamkeit treten sollten und dem Haussohn das veräußerte Vermögen noch nicht zugefallen war, hiefür mangelt jede Begründung.[8] Dagegen war zur Rechtsgiltigkeit der Verträge allerdings noch die Genehmigung derselben durch den Gemeinderath als Vormundschaftsbehörde erforderlich.[9] Nach den hierüber gemachten Erhebungen kann es jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß diese Genehmigung und zwar nach vorgängiger Prüfung der Verträge ertheilt worden ist.

Nun behauptet zwar die Pflegschaft des Heinrich Kraft, der Abschluß der Leibrentenverträge sei für den Sohn Heinreich weder nothwendig noch nützlich gewesen und eventuell wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Man kann jedoch davon absehen, ob und inwieweit die Bestätigung eines Vertrages durch die Vormundschaftsbehörde später wegen angeblichen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Bestätigung im Prozeßwege angefochten werden könne, ob ferner die Blödsinnigen bezüglich der Restitution den Minderjährigen gleichzustellen seien. Denn die Anfechtung der Verträge durch die Pflegschaft kann jedenfalls aus andern Gründen nicht für gerechtfertigt erkannt werden.

Beide Eltern, welche die Verträge geschlossen haben, werden wohl ganz vorzüglich in der Lage gewesen sein, zu beurtheilen, auf welche Weise am besten für die Zukunft ihres unglücklichen Sohnes gesorgt werden könne. Es liegt auch kein Grund vor, an ihrer wohlmeinenden Absicht zu zweifeln, namentlich ist nicht ersichtlich, daß die Eltern einen oder mehrere ihrer Söhne auf Kosten der Andern grundlos

---

[8] Vergl. Schweppe, württ. Privatrecht IV. §. 759; Seuffert, Pand. §. 502, 503, 504 Note 6, §. 513 Ziff. 1; Weishaar, württ. Privatrecht §. 265, 269, 273; Hauptinstruktion zum Pfandgesetz §. 109—112, §. 130, 132.

[9] Notariatsgesetz von 1843 Art. 20.

hätten begünstigen wollen. Ueberdieß soll schon nach gesetzlicher Vorschrift den Anordnungen der Eltern in Betreff der Verfügung über das ihren unter Vormundschaft stehenden Kindern hinterlassene Vermögen und über die Art der Verpflegung der Kinder eine besondere Bedeutung beigelegt werden,[10] ja die Eltern sind sogar für befugt erklärt, ihre Kinder zu Gunsten Dritter, welche ihnen alsdann Alimente zu reichen haben, ganz zu enterben, wofern dieß nur in wohlmeinender Absicht geschieht.[11] Wenn ferner auch die Restitution gegen einen Veräußerungsvertrag dadurch an sich noch nicht ausgeschlossen ist, daß derselbe von der Vormundschaftsbehörde genehmigt worden,[12] so darf doch auf das Urtheil einer mit den Verhältnissen der Betheiligten genau vertrauten Vormundschaftsbehörde insolange ein erheblicher Werth gelegt werden, als nicht gegen die Richtigkeit ihrer Beurtheilung gewichtige Gründe beigebracht werden können.[13] Derartige Gründe liegen aber in dem gegenwärtigen Falle nicht vor. . . . . Es kann daher nicht als nachgewiesen betrachtet werden, daß die von den Peter Kraft'schen Eheleuten abgeschlossenen Verträge des Erfordernisses der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit ermangelt haben oder daß sogar durch dieselben die Interessen des Sohnes Heinrich so sehr verletzt worden seien, daß das Gesuch um Restitution begründet wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juli 1872 in der Berufungssache Kraft c. Kraft.

12) Erziehungsrecht der Eltern bei faktisch getrennter Ehe.

Wenn auch dem Vater bei der Erziehung der ehelichen

[10] Vergl. Seuffert, Pand. §. 503 Note 1, §. 505 Note 20; Windscheid, Pand. §. 441 Note 17.

[11] Windscheid, Pand. §. 583 Note 6—9; Bolley, 33 Aufsätze S. 17; Kapff, Merkw. Civilrechtssprüche S. 328.

[12] Windscheid, Pand. §. 117 Note 3; Seuffert, Pand. §. 666 Note 9.

[13] Seuffert, Archiv Bd. V. Nr. 247.

Kinder im Falle der faktischen Trennung der Eltern der Regel nach ein vorgehendes Recht zusteht, so wird doch nach konstanter Praxis mit Rücksicht auf das dießfalls maßgebende Wohl des Kindes dasselbe in den ersten Lebensjahren und zwar mindestens bis zu dessen siebentem Lebensjahre, in welch' zartem Alter Kinder der mütterlichen Warte und Pflege vorzugsweise bedürfen, der Mutter überlassen, wofern diese ein gutes Prädikat genießt und zur Erziehung befähigt ist.[1] Die erwähnte Rücksicht auf das Wohl des Kindes muß aber vollends zu Gunsten der Mutter entscheidend ins Gewicht fallen, wenn es sich um ein Kind handelt, welches vermöge seines Geschlechtes und seiner leidenden Gesundheit der mütterlichen Pflege besonders bedürftig erscheint.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Juli 1872 in der Berufungssache Kraft c. Kraft.

13) Zum Begriffe des Ufers und des Bettes von öffentlichen Gewässern.

Der Eigenthümer eines am Bodensee auf der Markung von Friedrichshafen gelegenen Grundstückes beanspruchte einen an dieses Grundstück anstoßenden Schilfrohrplatz, sog. Rohrschachen, gleichfalls als sein Eigenthum, während die württ. Staatsfinanzverwaltung, für welche die Frage wegen Erweiterung der Hafenbauten ein Interesse hatte, einwandte, daß der Schilfrohrplatz zum Bodenseebette gehöre und daher nicht Gegenstand des Privateigenthums sein könne. Die auf Anerkennung des Eigenthums gerichtete Klage wurde abgewiesen und es ist aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls auszuheben:

Der Bodensee ist nach seiner geographischen Lage und seinem Umfang unzweifelhaft als ein öffentliches Gewässer anzusehen. Das Rechtsverhältniß bezüglich jenes See's ist daher dasselbe, wie bei einem öffentlichen Flusse — l. un.

---

[1] **Württ. Archiv Bd. IV. S. 429 ff.**

pr. §. 3—6 D. ut in flum. publ. (43, 14); l. 112 D. de verb. sign. (50, 16) —.[1] Insbesondere ist auch das Bett des Bodensee's, wie das des öffentlichen Flusses — §. 23 J. de rerum div. (2, 1); l. 7. §. 5 D. de acquir. rer. dom. (41, 1); l. 1 §. 7 D. de flum. (43, 12) —[2] im allgemeinen Gebrauche und dem Privatverkehr entzogen. Dagegen gilt bezüglich des Ufers des öffentlichen Gewässers der Grundsatz, daß dasselbe zwar, soweit dieß zur Benützung des Wassers nothwendig ist, dem allgemeinen Gebrauche dient, daß es aber in dem Eigenthum der angrenzenden Grundbesitzer steht — l. 3 pr. D. de flum. (43, 12); l. 24 pr. D. de damno infecto (39, 2); §. 4. J. de rerum div. (2, 1); l. 5 pr. D. de div. rerum (1, 8); l. 30 §. 1 D. de acquir. rerum dom. (41, 1) —.[3] Die Entscheidung über die angestellte Klage auf Anerkennung des Eigenthums des Klägers an dem streitigen Schilfrohrplatz hängt daher davon ab, ob derselbe einen Theil des Seebettes bildet oder aber als Ufer des Bodensee's anzusehen ist. Im ersteren Falle kann von einem Eigenthumsrechte des Klägers an der fraglichen Fläche nicht die Rede sein, da ein solches an einer dem Privatrechtsverkehre entzogenen Sache rechtlich unmöglich ist, wogegen im zweiten Fall bei der Lage der streitigen Fläche die erhobene Klage als begründet sich darstellen würde. Die Gesetze bestimmen nun in Betreff der Grenze zwischen dem Ufer und dem Bette eines Gewässers, daß Ufer derjenige Streifen Land sei, welcher den Wasserlauf in seinem höchsten Stande einschließe

---

[1] Sintenis, Civilrecht Bd. I. §. 40 Note 39; zu vergl Hesse, Jahrb. für Dogm. Bd. VII. S. 232.

[2] Hesse, a. a. O. S. 197; Seuffert, Archiv Bd. XXII. Nro. 212.

[3] Sintenis, Civilrecht Bd. I. §. 40 bei Note 34 u. 35; Arndts, Pand. §. 49 bei Note f; Seuffert, Pand. §. 57 Note 5; Windscheid, Pand. §. 146 bei Note 14; Endemann, Wasserrecht S. 12; Hesse, a. a. O. S. 197; Börner im civ. Arch. Bd. XXXVIII. S. 371; Seuffert, Archiv Bd. XXI. S. 355 ff.; Bd. XXIII. Nov. 211.

— l. 3. §. 1 u. 2 D. de flum. (43, 12); l. 96 D. de verb. sign. (50, 16); l. 112 D. eod. —. Jedoch soll, wenn vorübergehende außerordentliche Naturereignisse ein Ueberschreiten des ordentlichen Wasserstandes verursachen und eine Ueberschwemmung des Ufers zur Folge haben, dieß ohne Einfluß auf die Ausdehnung des Ufers sein — l. 1. §. 5 D. de flum. (43, 12) —. Hieraus ergibt sich, daß als Wasserbett derjenige zwischen den Ufern befindliche Raum anzusehen ist, welcher bei dem ordentlichen d. h. nicht durch ungewöhnliche Ereignisse herbeigeführten höchsten Wasserstand von dem Wasserspiegel bedeckt ist.[4] Dieser Umfang des Wasserbettes entspricht auch dessen Zweckbestimmung, welche dahin geht, das Wasser vollständig, also auch dann, wenn es seinen höchsten ordentlichen Stand erreicht, in sich aufzunehmen. Sodann bildet der letztere Wasserstand allein eine sichere Grenze für das Wasserbett gegenüber dem Ufer, während der sog. mittlere Wasserstand, welcher sich bei einer Durchschnittsberechnung aus dem verschiedenen Wasserstand während eines längeren Zeitraums ergibt, eben deßhalb mit dem jeweiligen wirklich vorhandenen Wasserstand nicht übereinstimmt. Anerkannt ist nun, daß die im Streite befangene Fläche regelmäßig einige Monate im Jahre unter Wasser steht. Es wird zwar geltend gemacht, es sei dieser hohe Wasserstand insofern kein regelmäßig wiederkehrender, als er nicht zu bestimmten Zeiten eintrete und nicht einige Monate ununterbrochen, sondern oft nur einige Tage, dann wieder einige Wochen andaure, je nachdem das aus den Gletschergebieten abschmelzende Wasser mehr oder weniger reichlich zufließe. Man kann jedoch dahin gestellt lassen, welche Bewandtniß es hiemit hat, da lediglich die Thatsache der regelmäßigen Wiederkehr und des Bestehens des angeführten Wasser-

[4] Zu vergl. Endemann, Wasserrecht S. 12; Seuffert, Archiv Bd. IX. Nr. 258; Bd. XXI. S. 355; Bd. XXII. Nr. 115; Bd. XXIII. Nr. 211; Bd. XXIV. Nr. 189.

standes während mehrerer Monate jeden Jahres, mag dieser Zeitraum auch kein ununterbrochener sein, sowie der vom Kläger selbst angegebene Grund des fraglichen Wasserstandes entscheidend ist. Dieser Grund besteht nämlich in keinem außergewöhnlichen Naturereignisse, sondern vielmehr in der natürlichen, jeden Sommer, selbstverständlich nach der Höhe der Temperatur in größerem oder geringerem Maße, sich wiederholenden Thatsache des Schmelzens von Schnee und Eis und dem dadurch bewirkten größeren Wasserzufluß. Der Umstand, daß der hohe Wasserstand des Bodensee's im Sommer und nicht, wie der §. 3. J. de rerum div. (2, 1) bei dem Meere annimmt, im Winter eintritt, ist für die Bestimmung des sich lediglich nach dem ordentlichen hohen Wasserstand richtenden Umfangs des Seebettes unerheblich. Als dieser ordentliche hohe Wasserstand des Bodensee's ist hienach derjenige regelmäßig in jedem Sommer wiederkehrende Wasserstand von einigen Monaten anzusehen, welcher die streitige Fläche unter Wasser setzt. Letztere bildet daher einen Bestandtheil des Bodenseebettes. Hiefür spricht auch die Thatsache, daß jene Fläche in der Markungskarte als zum Bodensee gehörig eingezeichnet ist..... Dazu kommt, daß Schilf eine Wasserpflanze ist und als solche erfahrungsgemäß vorzugsweise auf einem, wenn auch nur wenig, unter dem Wasserspiegel stehenden Grund und Boden wächst.[5] Wenn dagegen der Kläger geltend macht, daß Rohrpflanzungen auf dem Seeboden nicht angelegt werden können, weil sie zu ihrer Entwicklung Licht und Wärme und eines trockenen Bodens bedürfen und, wenn sie beim Aufkeimen unter Wasser gesetzt werden, zu Grunde gehen, so kann dahin gestellt bleiben, inwieweit die fraglichen Schilfrohre künstlich angepflanzt worden sind. Denn zu dieser Anpflanzung war

---

[5] Zu vergl. Hesse, Jahrb. für Dogmatik Bd. VII. S. 267 f.; Seuffert, Archiv Bd. XXIII. Nr. 211..

bei der zeitweisen Trockenlegung des fraglichen Theiles des Bodenseebettes hinreichende Gelegenheit gegeben.

Die Annahme, daß die streitige Fläche einen Bestandtheil des Bodenseebettes bilde, wird auch nicht dadurch widerlegt, wenn die Fläche, wie der Kläger geltend macht, früher eine Wiese gewesen sein sollte. Denn es hat dieselbe nach der eigenen Darstellung des Klägers durch die Fortschwemmung des Wiesengrundes infolge des Wellenschlags und durch die Verwandlung in einen Schilfplatz jenen Charakter verloren, und es hat, wenn sie nunmehr in der zuvor angeführten Weise vom Wasserspiegel bedeckt wird, das Eigenthum des Uferbesitzers an jener Fläche aufgehört; dieselbe ist nun Seebett geworden.

Die langjährige Benützung des streitigen Schilfplatzes durch den Kläger und seine Besitzvorfahrer findet ihre genügende Erklärung in der Thatsache, daß das Bodenseebett und die Produkte desselben dem allgemeinen Gebrauche dienen. Die etwaige ausschließliche Benützung jenes Platzes durch den Kläger und seine Besitzvorgänger ist bei der für dieselben als Besitzer des angrenzenden Ufergrundstücks bestehenden leichten Zugänglichkeit, sowie bei der in Friedrichshafen herrschenden Anschauung über die Befugniß zur Benützung der Rohrschachen begreiflich. Diese Anschauung, welche darauf beruht, daß die Besitzer der Ufergrundstücke ihr Eigenthum soweit „in den See hinein“ ausbeuten, als irgend ein Ertrag zu holen sei, ist aber, weil sie sich nach dem Ausgeführten als eine rechtlich irrige darstellt, unerheblich. In der gedachten irrigen rechtlichen Anschauung kann auch die von dem Kläger für sich angeführte Thatsache ihren Grund haben, daß die Rohrschachen von den angrenzenden Ufereigenthümern veräußert, verpfändet, verpachtet und vererbt worden sein sollen.

Die rechtliche Eigenschaft des vom Kläger angesprochenen Platzes kann auch dadurch nicht alterirt werden, daß das Schilfrohr auf der von dem Grundstück des Klägers abgeschwemmten Humuserde entstanden sein soll, da eine

Alluvion nur dann anzunehmen wäre, wenn der angeschwemmte Boden sich dauernd über den Wasserspiegel erheben würde.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Januar 1873 in der Berufungssache Lanz c. Staatsfinanzverwaltung.

14) Von der Verbindlichkeit des Kirchenbaupflichtigen zur Erweiterung des Kirchengebäudes.

Es ist eine bestrittene Frage, ob und inwieweit in der Verpflichtung zu Tragung der Baulast an einem Kirchengebäude auch die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten einer nothwendig gewordenen Erweiterung und Vergrößerung des Kirchengebäudes inbegriffen sei. Nach der von dem Obertribunal angenommenen und in vielen Fällen zur Anwendung gebrachten Thesis begreift die Kirchenbaupflicht dann, wenn sie auf den Besitz von kirchlichem Vermögen sich gründet, auch die Erweiterungspflicht in sich, falls die Baupflicht nicht aus besonderen Gründen, vermöge Herkommens oder Vertrages, auf ein gewisses Maß beschränkt ist, während in denjenigen Fällen, wo die kirchliche Baulast auf dem Herkommen beruht, die seitherige Uebung entscheidet und daher der Baupflichtige zur Erweiterung des Kirchengebäudes nur dann für verpflichtet erachtet werden kann, wenn schon die bisherigen Leistungen sich auf Erweiterungen erstreckt haben und der Baupflichtige damit sich auch hiezu als verpflichtet zu erkennen gegeben hat.[1] Auch wo eine Erweiterungspflicht besteht, wirft sich jedoch die weitere Frage auf, ob die Verbindlichkeit des Baupflichtigen sich auf alle Fälle einer nothwendigen Erweiterung erstreckt, oder ob es hiebei nicht vielmehr auf den Grund der Erweiterung ankommt, ob der Baupflichtige insbesondere auch dann zur Tragung der Kosten einer nothwendig gewordenen Erweiterung des Kirchengebäudes

[1] Dieses Archiv Bd. II. S. 83—93.

für verbunden erachtet werden kann, wenn die Nothwendigkeit einer Erweiterung nicht in der Vermehrung der Zahl der in dem bisherigen Pfarrsprengel wohnhaften Kirchengenossen, sondern in der Zutheilung weiterer Parzellen zu dem bisherigen Pfarrsprengel ihren Grund hat.[2] Man wird auch in dieser Beziehung unterscheiden müssen, worin die Baupflicht selbst gegründet ist, ob der Besitz von kirchlichem Vermögen den Grund derselben bildet, oder ob sie nur auf dem Herkommen beruht. Im ersteren Falle läßt sich Manches für die Ausdehnung der Erweiterungspflicht auch auf diejenigen Fälle anführen, in welchem die Erweiterung nur durch die Zutheilung weiterer Parzellen nothwendig geworden ist, wenn man auf die Gründe zurückgeht, durch welche die Baupflicht des Besitzers von kirchlichem Vermögen überhaupt bestimmt wird, und daran festhält, daß das Kirchenvermögen für sämmtliche kirchliche Baubedürfnisse zu dienen hat, der dritte Besitzer kirchlichen Vermögens daher, sofern seine Baupflicht in jener Bestimmung des kirchlichen Vermögens ihren Grund hat, ebendaher auch vermöge seines Besitzes und soweit dieser reicht, für alle Baubedürfnisse einzutreten hat, welche von dem kirchlichen Vermögen zu bestreiten gewesen wären, wenn dasselbe noch im Besitze der Kirche selbst sich befinden würde.[3] Die Frage könnte nur sein, ob in den Bestimmungen des kanonischen Rechtes eine so weit gehende Verpflichtung gefunden werden kann; es wird sich jedoch, bei der Auslegung, welche dieselben seiten des Obertribunals gefunden haben, aus ihnen eine dießfällige Beschränkung der Baupflicht nicht wohl erweisen lassen. Ist die Baupflicht im Herkommen begründet, so kann jedoch auch für die Frage der Ausdehnung der Erweiterungspflicht auf solche Fälle, wo die Nothwendigkeit der Erweiterung nur durch die Zutheilung weiterer Parzellen in den Pfarr-

---

[2] Ebendaselbst S. 94, 95.

[3] Vergl. ebendaselbst S. 83, 84, 86, 87.

sprengel herbeigeführt worden ist, nur die bisherige Uebung entscheiden. Letzteres ist auch von dem Obertribunal neuestens anerkannt worden, indem in Entscheidungsgründen dießfalls ausgeführt wurde:

Die der Beklagten obliegende prinzipale Baulast an der Kirche zu Schönebürg ist unbestrittenermaßen eine auf dem Herkommen beruhende Verbindlichkeit. Es ist daher auch der Umfang der Baulast nach der seitherigen Uebung zu bemessen; die Baulast besteht nur in demjenigen Umfang, in welchem seither geleistet und durch die Leistungen eine Verbindlichkeit als bestehend anerkannt worden ist. Die Beklagte hat nun zwar anerkannt, daß ihre Bauverbindlichkeit auch auf die Erweiterung der Kirche sich erstrecke, falls die Erweiterung in folge der Vermehrung der Zahl der in dem ursprünglichen Pfarrsprengel wohnenden Parochianen nothwendig geworden sei; sie hat aber das Anerkenntniß der Erweiterungspflicht auf Erweiterungsfälle dieser Art beschränkt und die Verbindlichkeit, auch die Kosten solcher Erweiterungen der Kirche zu tragen, deren Nothwendigkeit infolge der durch die Einverleibung weiterer Orte eingetretenen Vergrößerung des ursprünglichen Pfarrsprengels ihren Grund hat, bestritten. Die Beklagte hat daher nur eine beschränkte Erweiterungspflicht als in ihrer herkömmlichen Bauverbindlichkeit begriffen anerkannt und eine über den anerkannten Umfang hinausgehende Erweiterungspflicht läßt sich aus jenem Anerkenntniß nicht ableiten. Durch die in den Jahren 1809 und 1810 erfolgte, auf einem einseitigen Akte der Staats- und Kirchengewalt beruhende Einverleibung der Weiler Hochdorf und Sinnisweiler in die Pfarrei Schönebürg aber, infolge welcher die Erweiterung der Kirche nunmehr nöthig geworden ist, konnte die in dem Herkommen begründete Verbindlichkeit des baupflichtigen Dritten nicht von selbst über den Umfang hinaus, in welchem sie bis dahin bestanden hatte, ausgedehnt werden, mag es auch thatsächlich so gehalten worden sein, daß jene beiden Weiler schon vor ihrer Ein-

pfarrung nach Schönebürg nicht von den Pfarreien, **denen** sie bis dahin angehörten, sondern von Schönebürg **aus** pastorirt waren. Sodann kann weder in den von **klägerischer** Seite bezeichneten, seit jener Einpfarrung **vorgekommenen** drei Baufällen, noch in dem Vertrag vom 30. **Juni** 1860 ein Anerkenntniß der Beklagten, daß ihre **Bauverbindlichkeit** auch auf die durch die Einpfarrung **nothwendig gewordene** Erweiterung der Kirche sich erstrecke, **gefunden werden** (was weiter ausgeführt wird).

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Februar 1873 in der Berufungssache Schönebürg c. die Staatsfinanzverwaltung.

Unbefugter Verkauf von Arzneien
(§. 367 Ziff. 3 der Reichsstrafgesetzbuches)
und unbefugte Führung des Titels eines Spezialarztes.
(§. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung).
Ein Rechtsfall,
mitgetheilt von Herrn Geheimen-Rath v. Faber.

Im §. 367 Ziff. 3 des Reichsstrafgesetzbuches ist Derjenige mit Strafe bedroht, welcher ohne polizeiliche Erlaubniß Gift oder **Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist**, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt. Für die Frage, was als eine dem Handel nicht freigegebene Arznei zu betrachten sei, sind seit dem Erscheinen der auf Grund des §. 6 der Reichsgewerbeordnung erlassenen kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, betreffend den Verkehr mit Apothekerwaaren (Reichsgesetzblatt S. 85 ff.), die Bestimmungen der letzteren maßgebend. Die kaiserliche Verordnung bestimmt im §. 1: Daß das Feilhalten und der Verkauf der in dem anliegenden **Verzeichnisse A.** aufgeführten „**Zubereitungen zu Heilzwecken**" ausschließlich in Apotheken gestattet sei, sodann in §. 2: daß der Verkauf der in dem anliegenden **Verzeichnisse B.** aufgeführten „**Droguen und chemischen Präparate**" **an das Publikum** ausschließlich in Apotheken gestattet

sei. Während das Verzeichniß B. gewisse spezifische Stoffe, theils von einfacher, theils von zusammengesetzter Art und Zubereitung (die gemeinhin sogenannten Apotheker-waaren) aufführt, so handelt dagegen das Verzeichniß A. von gewissen spezifischen Arzneiformen, welche den zu Heilzwecken bestimmten Zubereitungen gegeben zu werden pflegen. Es ist deßhalb in verschiedenen Einzelstaaten des deutschen Reiches, so namentlich in Preußen und Württemberg, der Zweifel entstanden, ob die kaiserliche Verordnung bei den im Verzeichnisse A. aufgeführten „Zubereitungen zu Heilzwecken" von den dabei verwendeten Stoffen gänzlich absehe oder ob und inwieweit sie auch die letzteren in Betracht ziehe. Das k. preußische Ministerium der geistlichen und Medizinal-Angelegenheiten hat sich veranlaßt gesehen, zur Beseitigung dieser Zweifel mittelst Zirkularverfügung vom 4. November 1872 den preußischen Medizinalpolizeibehörden eine der Erlassung der kaiserlichen Verordnung vorangegangene, die Motive derselben darlegende Erklärung des Reichskanzleramtes vom 24. August 1871 zur Kenntnißnahme mitzutheilen und diese Behörden zu einer entsprechenden Belehrung des Publikums aufzufordern.

Die erwähnte Erklärung des Reichskanzleramtes lautet folgendermaßen:

„1) Die anzuordnenden Beschränkungen des Verkehres mit „Apothekerwaaren" sollen nur für den Detailhandel Geltung haben. Für den Großhandel mit Arzneisubstanzen zwischen Produzenten, Fabrikanten, Kaufleuten und Apothekern, welcher in Preußen von jeher frei gewesen ist, soll der Verkehr fernerhin frei bleiben.

2) Es ist die Frage erwogen worden, ob es sich nicht empfehle, von der Aufstellung zweier Verzeichnisse Abstand zu nehmen und sich auf die Aufstellung eines einzigen Verzeichnisses zu beschränken, in welchem ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eigentliche Arzneiformen, Droguen oder chemische Präparate, handelt, alle diejenigen

Zubereitungen zu Arzneizwecken Aufnahme zu finden hätten welche aus den dem freien Verkehr entzogenen Stoffen hergestellt sind und deßhalb nur durch die Apotheker bezogen werden dürfen. Für die Bejahung dieser Frage wurde insbesondere geltend gemacht, daß es bedenklich sei, die Arzneiformen an und für sich zum Kriterium für den Ausschluß von Apothekerwaaren aus dem freien Verkehr zu machen, da bekanntlich pharmazeutische Präparate und Mischungen aller Art von Parfümeriehändlern, Haarkünstlern und anderen Gewerbetreibenden feilgehalten würden und es der Absicht der Gesetzgebung nicht entsprechen werde, einen derartigen Handel künftighin zu beschränken. Hiergegen wurde angeführt, daß auch die in dem Verzeichniß A. aufgeführten Zubereitungen nur unter der Voraussetzung von dem freien Verkehr ausgeschlossen sein sollten, daß sie als Heilmittel feilgehalten und verkauft würden. Im Uebrigen entschied für die Beibehaltung des Verzeichnisses A. insbesondere die Erwägung, daß bekanntlich Salben, Mixturen, Tinkturen 2c. 2c. häufig aus den indifferentesten, an und für sich zum medizinischen Gebrauche niemals dienenden Substanzen bereitet, in der ihnen gegebenen Arzneiform aber als souveräne Heilmittel für die verschiedensten Krankheiten angepriesen würden, und daß, um diesem sich mehr und mehr steigernden betrügerischen Unwesen einigermaßen entgegentreten zu können, nicht darauf verzichtet werden dürfe, bestimmte Zubereitungen zu Heilzwecken als solche für die gesetzlich anerkannten Apotheken ausschließlich vorzubehalten.

3) Bei Feststellung der in dem Verzeichniß B. aufgeführten Gegenstände ist in der Weise verfahren worden, daß in dasselbe aufgenommen worden sind:

a) die ausschließlich zu Heilzwecken dienenden Droguen und chemischen Präparate, mit Ausnahme jedoch derjenigen Apothekerwaaren dieser Kategorie, welche „als absolut“ nur in sehr seltenen Fällen von Aerzten ver-

ordnet, vom Publikum aber der Erfahrung nach niemals verlangt werden, sowie derjenigen, welche ohnehin Jedermann leicht zugänglich sind;

b) die vorzugsweise nur zu Heilzwecken dienenden Apothekerwaaren, welche außerdem zwar auch in einzelnen Industriezweigen technisch verwerthet werden, hierbei aber der Wohlfeilheit wegen nur im nicht gereinigten Zustande zum Gebrauch gelangen, während sie zur medizinischen Verwendung chemisch rein sein müssen, so daß sie in dieser gereinigten Beschaffenheit den ausschließlich zu Heilzwecken dienenden Präparaten beizuzählen sind;

c) diejenigen im Inlande wachsenden vegetabilischen Heilmittel, welche zwar von Jedermann leicht gesammelt und beschafft werden können, die jedoch der Verwechselung mit andern völlig indifferenten oder mit scharf wirkenden giftigen Kräutern leicht ausgesetzt sind und daher als Heilmittel nicht unbedenklich dem freien Verkehr überlassen werden dürfen."

In Württemberg gab kürzlich ein an den K. Geheimen-Rath erwachsener Strafrekursfall die Veranlassung, daß auch diese oberste Verwaltungsjustizbehörde sich über die Tragweite der kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872 auszusprechen hatte.

Das Faktum war in Kürze folgendes:

In der zweiten Hälfte des Jahres 1872 bot in einem Inserate des „Schwäbischen Merkurs" ein in St. wohnender Partikulier N., welcher sich als Spezialarzt unterzeichnete, sogenanntes Hustenwasser und sogenannte Säuberungstropfen, welche von ihm selbst fabrizirt seien, zu einem bestimmten Preise als Heilmittel für gewisse Krankheiten aus, unter der Versicherung, daß dieselben schon einer Menge Leidender, welche von den Aerzten aufgegeben gewesen, Genesung gebracht haben. Die spätere chemische Untersuchung ergab, daß das Hustenwasser eine Lösung von Kalkhydrat in Wasser war und daß die Säuberungstropfen aus einer Lösung von schwefel-

saurem Eisenoxydul (Eisenvitriol) in Wasser bestanden
N. war in der von der Polizeibehörde eingeleiteten Unter-
suchung geständig, daß er die fraglichen Zubereitungen
schon seit längerer Zeit in bedeutendem Umfange käuflich
abgesetzt habe, behauptete aber, diese Zubereitungen seien
keine „flüssigen Arzneimischungen“ im Sinne des
Verzeichnisses A. der kaiserlichen Verordnung vom 25. März
1872, theils schon deßhalb, weil sie keine Mischungen,
sondern bloße Lösungen eines einzelnen Stoffes in Wasser
seien, theils darum, weil sie keinen solchen Stoff, welcher
die Eigenschaft eines Arzneistoffes habe, enthalten und
lediglich unter den Gesichtspunkt eines künstlichen
Mineralwassers fallen. Der Beschuldigte gab ferner
zu, daß er keine geprüfte Medizinalperson sei, bestritt aber,
daß der Gebrauch des Titels „Spezialarzt“ der Vorschrift
des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung zuwiderlaufe,
insofern mit einem solchen Titel nur die Befähigung, eine
bestimmte Gattung von Krankheiten heilen zu können,
beansprucht, nicht aber der Glaube erweckt werde, als ob
der Inhaber des Titels eine geprüfte Medizinalperson sei.

Die K. Kreisregierung zu Ludwigsburg verurtheilte
den N. durch Erkenntniß vom 11. September 1872 wegen
unbefugter Beilegung des Titels eines Spezialarztes sowie
wegen unbefugten Feilhaltens und Verkaufes von Zuberei-
tungen zu Heilzwecken auf Grund des §. 147 Ziff. 3 der
Reichsgewerbeordnung und des §. 367 Ziff. 3 des Reichs-
strafgesetzbuches in Verbindung mit der kaiserlichen Ver-
ordnung vom 25. März 1872 zu einer Geldstrafe von
dreißig Thalern.

Der Verurtheilte ergriff den Rekurs an den K. Ge-
heimen Rath.

Im Nachstehenden geben wir zunächst einen Auszug
aus dem Vortrage des Geheimen-Raths-Refe-
renten, da derselbe den Gegenstand eingehender beleuchtet
hat, als dieß in den unten nachfolgenden Entscheidungs-
gründen des Geheimen Raths geschehen ist. Wir bemerken

aber ausdrücklich, daß keineswegs die gesammten in diesem Vortrage enthaltenen Ausführungen, sondern nur die in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Sätze Gegenstand der Abstimmung und Beschlußfassung des Geheimen Rathes geworden sind.

In Betreff der Führung des Titels eines Spezialarztes führte der Referent aus:

Die Anwendbarkeit der Strafbestimmung des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung

> „wer, ohne hiezu approbirt zu sein, sich als Arzt „(Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, „Thierarzt) bezeichnet oder sich einen ähnlichen „Titel beilegt, durch den der Glaube erweckt „wird, der Inhaber desselben sei eine geprüfte „Medizinalperson —

sei nicht dadurch bedingt, daß im einzelnen Falle erweislich der fragliche Glaube erweckt worden sei. Die Entstehung dieses Glaubens hänge von der verschiedenen Individualität der Personen ab, zu deren Kenntniß der öffentlich geführte Titel gelange. Es genüge für die Anwendbarkeit jener Strafbestimmung, wenn der Titel an sich geeignet sei, bei dem Publikum oder bei gewissen Klassen desselben die Meinung zu erwecken, der Inhaber desselben sei eine geprüfte Medizinalperson. Der Titel Spezialarzt sei wirklich geeignet, diese Meinung wenigstens in gewissen Kreisen zu erwecken, denn bekanntlich legen sich sehr häufig auch geprüfte Medizinalpersonen, welche sich vorzugsweise der Behandlung spezieller Krankheitsformen widmen, diesen Titel bei.

In Betreff der Beschuldigung des unbefugten Verkaufes von Arzneien trug der Referent unter Anderem Folgendes vor:

Die kaiserliche Verordnung vom 25. März 1872 bestimmt in §. 1: daß das Feilhalten und der Verkauf der in dem anliegenden Verzeichnisse A. aufgeführten „Zubereitungen zu Heilzwecken" ausschließlich in

Apotheken gestattet sei, sodann in §. 2, daß der **Verkau** der in dem anliegenden Verzeichnisse B. aufgeführte Droguen und chemischen Präparate an das Publikum ausschließlich in Apotheken gestattet sei. Das in §. 1 festgesetzte Privilegium der Apotheker bezieht sich **also auf** jede Art des Verkaufes, das im §. 2 festgesetzte **nur auf** den Verkauf an das Publikum. Unter letzterer Bezeichnung ist wohl im Wesentlichen nichts Anderes als der Detailverkauf, der Verkauf an die Konsumenten im Kleinen zu verstehen. Der Großhandel mit den im Verzeichnisse B aufgeführten Droguen und chemischen Präparaten (Apothekerwaaren) ist also freigegeben. Ferner ist der Detail- und Großverkauf aller im Verzeichnisse B. nicht aufgeführten Substanzen freigegeben, aber freilich nur insoweit, als die betreffende Substanz nicht eine Zubereitung zu Heilzwecken von der im Verzeichnisse A bestimmten Art ist oder als Gift den dießfalls bestehenden besondern Verkehrsbeschränkungen unterliegt (Reichsgewerbeordnung §. 34; Minist.-Verfügung vom 14. Dezember 1871, betreffend die Anwendung der deutschen Gewerbeordnung in Württemberg, §. 13). Dieser Satz ist von ziemlich weitgreifender praktischer Bedeutung. Denn das Verzeichniß B umfaßt durchaus nicht die ganze Summe der Arzneistoffe, d. h. derjenigen Stoffe, welche ausschließlich oder doch hauptsächlich zu Heilzwecken verwendet zu werden pflegen. Nicht darin aufgenommen ist insbesondere ein großer Theil der in der Reichspharmakopöe aufgeführten Flores, Folia, Fructus, Herbae, Radices, Rhizomata, Semina. Diese fehlenden Arzneistoffe sind, wie in der erläuternden Erklärung des Reichskanzleramts vom 24. August 1871 bestätigt ist, hauptsächlich solche im Inlande wachsende vegetabilische Heilmittel, welche von Jedermann leicht gesammelt und beschafft werden können und der Verwechslung mit andern völlig indifferenten oder mit anderen scharf wirkenden und giftigen Kräutern nicht leicht ausgesetzt sind. Ferner konnten selbstverständlich solche Stoffe, welche neben ihrer

vielleicht sehr mannigfaltigen und wirksamen Verwendung zu Arzneizwecken doch in noch viel höherem Maße zu Befriedigung anderer wichtiger Bedürfnisse dienen, dem Detailverkaufsprivilegium der Apotheker nicht unterworfen, also in das Verzeichniß B. nicht aufgenommen werden. Dahin gehören namentlich solche Stoffe, welche vorherrschend den Charakter von industriellen Stoffen, von Nahrungs- und Genußmitteln oder von Stoffen des häuslichen Verbrauches haben. Beispielsweise mag angeführt werden, daß folgende Stoffe und beziehungsweise Zubereitungen der fraglichen Art zwar in der Reichspharmakopöe aufgeführt und beschrieben, dagegen in dem Verzeichnisse B. der kaiserlichen Verordnung nicht enthalten sind:

a. aus der Klasse der industriellen Stoffe:
Schwefelblumen, Weinstein, Bleiglätte, unverbundener Phosphor, unverbundenes Quecksilber, Quecksilberoxyd, Quecksilberchlorid, Zinnober, Phosphorsäure, arsenige Säure, Schwefelsäure, Salpetersäure, Salzsäure, gebrannter Kalk, gebrannter Gyps, Salpeter, Salmiak, Alaun, Eisenvitriol, Soda, Pottasche, Theer, Kalkwasser, Chlorwasser, Theerwasser, Leinöl, Terpentinöl u. s. w.;

b. aus der Klasse der Nahrungs- und Genußmittel:
Zucker, Kochsalz, Honig, Waizenstärke, Schweineschmalz, Senfsamen, spanischer Pfeffer, Vanille, Zimmt, Mandeln, Hopfenmehl, Malzextrakt, Fleischextrakt, Eichelkaffee, Molken, Wein, Weingeist, Essig, gemeines und destillirtes Wasser, Kirschwasser, Himbeerwasser, Olivenöl, Mandelöl u. s. w.

c. aus der Klasse von Gegenständen des häuslichen Verbrauches:
Hausseife, Wachs, Talg, weißer Leim, Holzkohle u. s. w.

Nicht bloß der Großhandel, sondern auch der Detailhandel mit allen diesen, theils natürlich vorkommenden,

theils durch Zubereitung hergestellten Stoffen und Ste
mischungen steht Jedermann frei, außer soweit dieselb
eine speziell zu Heilzwecken und zwar in den Fo
men des Verzeichnisses A. hergestellte und un
den Begriff einer Arznei fallende Zubereitung sind od
— was hier nicht näher zu erörtern ist — unter
Kategorie der Gifte fallen und daher den dießfalls
stehenden besonderen Handelsbeschränkungen unterliegen.

Die Frage, welche Erfordernisse gegeben sein müss
damit eine Substanz unter die Bestimmungen des Ve
zeichnisses A., also unter das völlig ausschließliche,
wohl den Groß- als Kleinhandel umfassende Privilegi
der Apotheker falle, beantwortet sich theils aus der Ueb
schrift des Verzeichnisses, welche lautet: „Zubereitung
zu Heilzwecken", theils aus der Gesammtheit seines I
halts. Es müssen hiernach folgende Erfordernisse zusa
mentreffen:

1) die betreffende Substanz muß eine Zubereitu
sein. Mithin dürfen Substanzen, welche als solche
der Natur vorkommen und keine besondere Z
bereitung erlitten haben, vorausgesetzt, daß sie ni
andererseits unter das Verzeichniß B. fallen, von Jed
mann nnd selbst auch zu Heilzwecken (wirklichen oder v
meintlichen) verkauft werden, z. B. die in den Grub
wassern des Schwefel- und Strahlkieses natürlich vorko
mende Lösung von Eisenvitriol.

2) Die Zubereitung muß zu Heilzwecken erfo
sein, gleichviel übrigens, ob durch den Verkäufer selbst o
durch einen Dritten, von welchem er die zu Heilzwec
zubereitete Substanz bezogen hat. Freigegeben ist also
Zubereitung und der Verkauf von Schönheitsmitteln, v
Mitteln zur Erhaltung und Stärkung der Gesundheit, v
Mitteln zum Schutz gegen Ansteckung, Räucherungsmitt
Desinfektionsmittel, natürlich vorausgesetzt, daß das Pr
parat nicht anderer Seits unter das Verzeichniß B. fäl
Selbst wenn der Verkauf an sich erklärtermaßen

Heilzwecken stattfindet, die betreffende Substanz aber eine solche ist, welche notorisch zu andern als Heilzwecken hergestellt wurde, z. B. wenn Kalkwasser, welches aus einer Gerberei oder Stearinfabrik entnommen ist, oder eine wässerige Eisenvitriollösung, welche aus einer Färberei oder Leuchtgasfabrik entnommen ist, zu Heilzwecken verkauft wird, so wird hierin kein Eingriff in das Privilegium der Apotheker liegen. Ein solcher Eingriff wird auch dann nicht vorliegen, wenn eine noch nicht zu Heilzwecken zubereitete Substanz, z. B. Kalkhydrat, Eisenvitriol, zu Heilzwecken in der Weise verkauft wird, daß dem Käufer zugleich eine Belehrung darüber, wie er selbst die Substanz zu seinem eigenen Gebrauche mischen, in Wasser lösen oder sonst zubereiten solle, mitgegeben wird.

3) Die Zubereitung muß nicht bloß überhaupt zu Heilzwecken, sondern sie muß auch in einer der besonderen, im Verzeichnisse A aufgeführten Formen erfolgt sein. Dabei ist sehr wesentlich zu beachten, daß die in dem Verzeichnisse aufgeführten Zubereitungsformen nicht schlechthin als Balsame, Abkochungen, Aufgüsse, flüssige Mischungen, Pulver, Syrupe, Auszüge u. s. w. benannt sind, sondern als Arzneibalsame, Arzneiabkochungen, Arzneiaufgüsse, flüssige Arzneimischungen, Arzneipulver, Arzneisyrupe, Arzneiauszüge u. s. w. Es fragt sich, was die Bedeutung dieser zusätzlichen Bezeichnung ist.

Man könnte, wenigstens auf den ersten Anblick, meinen, es werde damit ausgedrückt, daß die betreffende Zubereitung nicht bloß die Form eines Balsams, einer Abkochung, eines Aufgusses, einer flüssigen Mischung u. s. w. haben, sondern auch aus eigentlichen Arzneistoffen bestehen, zum mindesten einen einzigen solchen Arzneistoff — wenn auch neben andern Stoffen — enthalten müsse, damit sie dem völlig ausschließlichen, sowohl den Groß- als Kleinhandel umfassenden Verkaufsprivilegium der Apotheker

unterliege. Darüber aber, was unter eigentlichen Arzneistoffen im Sinne der kaiserlichen Verordnung zu verstehen sei, ließen sich wiederum zweierlei Meinungen aufstellen, entweder: es seien nur die Stoffe des Verzeichnisses B. darunter begriffen, oder es seien überhaupt alle Stoffe darunter zu verstehen, welche ausschließlich oder doch hauptsächlich zu Heilzwecken verwendet zu werden pflegen. Indessen wird dieser Auslegung der kaiserlichen Verordnung weder in der einen noch in der andern Form beizupflichten sein. Vor Allem stehen ihr praktische Gründe entgegen. Es würde, wenn dieser Auslegung statt gegeben würde, das Verkaufsprivilegium der Apotheker offenbar in einer so tiefgreifenden Weise beeinträchtigt, wie es mit dem gesundheitspolizeilichen Zwecke, um dessenwillen dieses Privilegium geschaffen und bisher im deutschen Reiche aufrecht erhalten worden ist, nicht wohl vereinbar wäre. Denn die zahlreichen Heilmittel, deren kunstgemäße Zubereitung in den Apotheken von dem Publikum und von den Aerzten in Deutschland verlangt wird, beschränken sich, wie ein Blick in die deutsche Pharmakopöe zeigt und wie schon oben an einer Reihe von Beispielen ausgeführt worden ist, entfernt nicht auf solche Stoffe, welche allein oder hauptsächlich zu Heilzwecken dienen, vielmehr besteht ein großer Theil der Heilmittel aus Stoffen, welche für die Industrie und für andere Gebiete eine vergleichungsweise noch größere Bedeutung haben und nicht unter den Begriff der Arzneistoffe fallen, welche aber immerhin, falls eine andere als eine kunstverständige und überdieß (vergl. §. 10 der Minist.-Verfügung vom 8. April 1872, betreffend den Einfluß der deutschen Gewerbeordnung auf das Medizinalwesen) durch ärztliche Verordnung geleitete Hand sie zu Heilzwecken zubereitet, Leben und Gesundheit gefährden können, selbst wenn sie nicht zu den eigentlichen Giften gehören. Ein wirksamer Schutz gegen Arzneipfuschere würde nicht mehr bestehen. Ob dieser Schutz auch solche Patienten, welche ihn nicht verlangen, aufgedrängt und o

er auch jetzt noch nach erfolgter Freigebung der Ausübung der Heilkunde aufrecht erhalten werden soll, ist eine Frage der Gesetzgebung, welche mit der Auslegung der auf der Voraussetzung des Apothekerprivilegiums beruhenden kaiserlichen Verordnung nichts zu schaffen hat.

Die Unrichtigkeit der Annahme, daß als Zubereitungen im Sinne des Verzeichnisses A nur solche Präparate zu verstehen seien, welche aus eigentlichen Arzneistoffen bestehen oder wenigstens einen eigentlichen Arzneistoff mitenthalten, wird nun aber weiter bestätigt durch die der Erlassung der kaiserlichen Verordnung vorausgegangene Erklärung des Reichskanzleramts vom 24. August 1871. Denn dieselbe besagt: bei der Aufstellung des Verzeichnisses A. sei insbesondere die Erwägung entscheidend gewesen, daß bekanntlich Salben, Mixturen, Tinkturen u. s. w. häufig aus den indifferentesten, an und für sich zum medizinischen Gebrauche niemals dienenden Substanzen bereitet, in der ihnen gegebenen Arzneiform aber als souveräne Heilmittel für die verschiedensten Krankheiten angepriesen würden, und daß, um diesem sich mehr und mehr steigernden betrügerischen Unwesen einigermaßen entgegentreten zu können, nicht darauf verzichtet werden dürfe, bestimmte Zubereitungen zu Heilzwecken als solche für die gesetzlich anerkannten Apotheken ausschließlich vorzubehalten.

Man könnte nun sich versucht fühlen, in der Auslegung der kaiserlichen Verordnung nach der entgegengesetzten Richtung hin einen extremen Standpunkt einzunehmen. Es könnte die Ansicht aufgestellt werden, daß auf die Beschaffenheit des Stoffes niemals etwas ankomme, daß vielmehr Zubereitungen zu Heilzwecken, wofern sie nur überhaupt die Form eines Balsams, einer Abkochung, einer flüssigen Mischung u. s. w. an sich tragen, stets und immer als Zubereitungen im Sinne des Verzeichnisses A zu betrachten seien. Allein diese Ansicht

wäre wohl ebenfalls unrichtig. Denn die kaiserliche Verordnung setzt nicht blos im Allgemeinen voraus, daß die Zubereitung, wie die Ueberschrift des Verzeichnisses A. besagt, zu Heilzwecken stattgefunden habe und daß sie die Form eines Balsams, einer Abkochung, einer flüssigen Mischung u. s. w. an sich trage, sondern sie verlangt ausdrücklich noch weiter, daß das betreffende Mittel ein Arzneibalsam, eine Arzneiabkochung, eine flüssige Arzneimischung sein müsse.

Ein Pleonasmus der Worte darf nicht ohne Weiteres unterstellt werden, zumal dann, wenn ein naheliegendes praktisches Bedürfniß für eine Interpretation spricht, welche sämmtlichen Worten ihre selbstständige Geltung einräumt. Die Verordnung wollte offenbar sagen, die betreffende Zubereitung müsse zugleich eine solche sein, welche nach dem herrschenden Sprachgebrauch und nach den feststehenden Anschauungen und Gewohnheiten des Publikums für ein Arzneimittel, eine Arznei gelte. Hiebei sind nun allerdings die Stoffe von einem gewissen Einfluß. Indessen dürfte, da eine scharfe Definition dessen, was man im Publikum unter einer Arznei versteht, schwerlich gegeben werden kann, das Erforderniß vorherrschend als ein negatives zu verstehen, also dahin aufzufassen sein, daß die betreffende Zubereitung, welche speziell zu Heilzwecken hergestellt worden ist und die Form einer Abkochung, einer flüssigen Mischung, eines Pulvers, eines Extraktes an sich trägt, nicht zugleich eine solche sein darf, welche nach der feststehenden öffentlichen Meinung für etwas bestimmtes Anderes als eine Arznei gilt. Dieselbe darf also namentlich nicht gehören zu der Klasse der Nahrungs- oder Genußmittel, wie Himbeerwasser, Kirschwasser, Limonade, Gesundheitsbier, Molken, gepulverter Eichelkaffee, Gesundheits-Chokolade, Malzextrakt, Fleischextrakt, ferner nicht zu der Klasse der künstlichen Mineralwasser, d. h. der Nachahmungen solcher natürlichen Wasser, welche notorisch zu Heilzwecken benützt

werden pflegen. Eine indirekte Bestätigung dafür, daß die künstlichen Mineralwasser nicht unter das Verzeichniß A. fallen, findet sich in dem Verzeichnisse selbst insofern, als dasselbe bestimmt, daß die aus Mineralquellen bereiteten Pastillen nicht als Arzneipastillen zu betrachten seien. Dagegen kann allerdings nicht jedes Wasser, worin irgend ein beliebiger Mineralstoff durch geflissentliche Einwirkung gelöst ist, für ein künstliches Mineralwasser gelten, und zwar auch dann nicht, wenn der betreffende Stoff als wirklicher, aber doch nur ganz untergeordneter oder in ganz anderer Verbindung vorkommender Bestandtheil eines natürlichen Mineralwassers sich nachweisen läßt oder wenn er in Wassern vorkommt, welche gar nicht zu Heilzwecken benützt zu werden pflegen. Im Cannstatter Mineralwasser kommt neben den bekannten Bestandtheilen auf 220 Maas auch 1 Gran arsenige Säure vor; deßhalb könnte aber doch ein künstlich hergestelltes Wasser, welches als einzigen oder als wesentlichen Zusatz-Bestandtheil arsenige Säure enthielte, nicht für ein künstliches Mineralwasser gelten. Als ein solches kann eine künstlich hergestellte wässerige Lösung nur dann angesehen werden, wenn sie als Ganzes, d. h. in der Gesammtheit ihrer Bestandtheile, sowohl nach Qualität als Quantität, mit natürlichen Wassern, welche zu Heilzwecken benützt werden, wenigstens im Wesentlichen übereinstimmt.

Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß es im einzelnen Falle leicht zweifelhaft sein kann, ob eine bestimmte Zubereitung als eine Zubereitung im Sinne des Verzeichnisses A. zu betrachten sei.

Es können diese Zweifel z. B. eintreten bei Mitteln gegen gewisse körperliche Mängel, gegen Schwächezustände, Unschönheiten, welche keine eigentlichen Krankheiten sind, wie Kahlköpfigkeit, graue Haare, Unfruchtbarkeit, Hautunreinheit, schlechte Zähne, übelriechender Athem, ferner bei den sogenannten Heilnahrungsmitteln und künstlichen Mineralwassern in dem Falle, wenn dieselben durch gewisse Zuthaten oder Weglassungen sich von den gewöhnlichen

Nahrungsmitteln, beziehungsweise von den natürlichen Mineralwassern mehr oder weniger unterscheiden.

Allein aus dieser Schwierigkeit, welche nur die Beurtheilung der einzelnen auf der Grenze stehenden Fälle betrifft, wird wohl kein entscheidender Grund entnommen werden können gegen die Richtigkeit der Auslegung im Allgemeinen, wie sie im Vorstehenden gegeben ist.

Der K. Geheime Rath erkannte am 26. März 1873, unter Verwerfung der erhobenen Beschwerde: daß der Angeschuldigte wegen unbefugter Führung des Titels eines Spezialarztes und wegen unbefugten Zubereitens, Feilhaltens und Verkaufens von Arzneien in Gemäßheit des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung, des §. 2 Ziff. 3 des Reichsgesetzes vom 12. Juni 1872, betreffend die Abänderung einiger Strafbestimmungen der Gewerbeordnung, des §. 367 Ziff. 3 des Reichsstrafgesetzbuches und des §. 1 der kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, betreffend den Verkehr mit Apothekerwaaren, mit einer Geldstrafe von dreißig Thalern zu bestrafen sei.

Die Entscheidungsgründe des K. Geheimen Rathes lauteten:

1) Der Angeschuldigte hat zugestanden und es ist durch die Veröffentlichung desselben im Schwäbischen Merkur bestätigt, daß er sich den Titel eines Spezialarztes beigelegt habe. Da nun im §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung und beziehungsweise in §. 2 Ziff. 3 des Reichsgesetzes vom 12. Juni 1872 (Reichsgesetzbl. S. 171) nicht bloß Derjenige mit Strafe bedroht ist, welcher sich, ohne hiezu approbirt zu sein, als Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, Thierarzt) bezeichnet, sondern auch derjenige, welcher ohne erlangte Approbation sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch welchen der Glaube erweckt wird, es sei der Inhaber desselben ein geprüfte Medizinalperson, so mußte der Angeschuldigte in Gemäßheit dieser Gesetzesvorschrift für straffällig erkannt werden.

2) Der Angeschuldigte hat ferner eingeräumt und es ist durch die oben erwähnte Veröffentlichung desselben im Schwäbischen Merkur ebenfalls vollkommen bestätigt, daß er schon geraume Zeit her und noch in neuester Zeit bis zum Beginne der strafrechtlichen Untersuchung sogenanntes Hustenwasser und sogenannte Säuberungstropfen zu Heilzwecken fabrizirt, als Heilmittel ausgeboten und in bedeutendem Umfang verkauft habe. Das Hustenwasser besteht, wie schon durch eine in voriger Instanz stattgefundene vorläufige Prüfung desselben bescheinigt war und durch die in gegenwärtiger Instanz angeordnete genauere chemische Untersuchung bestätigt worden ist, aus einer Lösung von Kalkhydrat in Wasser. Die Säuberungstropfen bestehen, wie in Uebereinstimmung mit den eigenen Angaben des Angeschuldigten durch die ebenerwähnte chemische Untersuchung festgestellt worden ist, aus einer Lösung von schwefelsaurem Eisenoxydul in Wasser. Nun bedroht der §. 367 Z. 3 des Reichsstrafgesetzbuchs Denjenigen mit Strafe, welcher ohne polizeiliche Erlaubniß Gift oder Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt. Für die Frage aber, was als eine dem Handel nicht freigegebene Arznei zu betrachten sei, sind seit dem Erscheinen der auf Grund des §. 6 der Reichsgewerbeordnung erlassenen kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, betreffend den Verkehr mit Apothekerwaaren (Reichsgesetzblatt S. 85 ff.), die Bestimmungen der letzteren maßgebend, und da die gegen N. geführte Untersuchung wesentlich diejenige Thätigkeit desselben zum Gegenstand gehabt hat, welche in die Zeit nach Eintritt der Wirksamkeit der kaiserlichen Verordnung fällt, so muß auch die Frage der Verschuldung des N. nach dem Maßstab der letzteren beurtheilt werden.

Nach §. 1 der kaiserlichen Verordnung ist das Feilhalten und der Verkauf derjenigen „Zubereitungen zu Heilzwecken", welche in dem ihr beigeschlossenen

Verzeichnisse A. aufgeführt sind, ausschließlich in Apotheken gestattet, und in dem Verzeichnisse A. sind unter Anderem aufgeführt: „Flüssige Arzneimischungen für den innerlichen und für den äußerlichen Gebrauch." Um eine zu Heilzwecken zubereitete flüssige Mischung als Arzneimischung betrachten zu können, wird nicht nothwendig erfordert, daß dieselbe einen solchen Stoff oder mehrere solche Stoffe enthalte, welche schon für sich allein, als einzelne, den ausgesprochenen Charakter von Arzneistoffen haben, d. h. von Stoffen, welche ausschließlich oder doch hauptsächlich zu Heilzwecken verwendet zu werden pflegen; vielmehr genügt es, wenn die Mischung als Ganzes den Charakter einer Arzneimischung hat, und es wird diese Auslegung der kaiserlichen Verordnung insbesondere durch die ihr zu Grunde liegenden, aus einer Erklärung des Reichskanzleramts vom 24. August 1871 ersichtlichen, Motive bestätigt. Eine zu Heilzwecken hergestellte flüssige Mischung erscheint aber als Arzneimischung, sobald sie nicht erweislich den Charakter einer solchen Zubereitung hat, welche nach der allgemein feststehenden Anschauung für etwas Anderes als eine Arznei gilt. Dahin gehören insbesondere Nahrungs= oder Genußmittel und künstliche Mineralwasser. Daß die Zubereitungen N's. Nahrungs= oder Genußmittel seien, wird von ihm selbst nicht behauptet, dagegen macht er geltend, daß sie künstliches Mineralwasser seien. Da jedoch zufolge der vorliegenden sachverständigen Begutachtung keine natürlichen Wasser von solcher Zusammensetzung, wie sie bei den Zubereitungen des Angeschuldigten sich findet, als Mineralwasser vorkommen oder benützt werden, so können diese Zubereitungen auch nicht als Nachahmungen natürlicher Wasser gelten. Vielmehr müssen dieselben, wie auch das K. Medizinalkollegium angenommen hat, für flüssige Arzneimischungen erklärt werden, indem zugleich die Einwendung N's., daß die Lösung eines einzigen Stoffes in Wasser nicht als Mischung zu betrachten sei, als offenbar grundlos zu verwerfen ist.

Hiernach war N. auch des unerlaubten Zubereitens, Feilhaltens und Verkaufens von Arzneien gemäß §. 367 Z. 3 des Reichsstrafgesetzbuchs für schuldig zu erkennen.

Die in voriger Instanz erkannte Gesammtstrafe von dreißig Thalern hat man der Verschuldung des Rekurrenten für entsprechend erachtet.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.





